Der Rücktritt vom zweiseitigen Vertrage wegen Schuldnerverzuges

nach dem

Schweizerischen Obligationenrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

stud. iur. **Ernst Biedermann**

aus Winterthur.

ACAD. LAND BAT. BIBL.

Zürich 1909.

Buchdruckerei H. Grapentien.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546813_0054

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

I. Die Voraussetzungen des Rücktritts.

§ 1. Der zweiseitige Schuldvertrag 4
§ 2. Verzug
A. Begrenzung des Verzuges, soweit er für das Rücktrittsrecht Voraussetzung ist
1. Ein Rücktrittsrecht nur wegen Schuldner-, nicht auch wegen Gläubigerverzuges 7
2. Annahmeverzug ist Gläubigerverzug . . . 10
3. Annahme- und Abnahmeverzug 12
4. Ein Rücktrittsrecht nur wegen Verzuges mit der Hauptleistung 16
5. Begriff der Teilleistung 20
6. Mit dem Annahmeverzug kann sich ein Leistungsverzug verbinden 23
7. Ist Verzug auch bei den auf eine Unterlassung gerichteten Verpflichtungen möglich? 26
B. Die Voraussetzungen des Verzuges
1. Fälligkeit der Forderung 32
2. Mahnung 36
3. Verschulden? 42
§ 3. Das Fixgeschäft 45
§ 4. Rücktritt wegen Nutzlosigkeit der Leistung . . . 54
§ 5. Das Mahngeschäft 60
§ 6. Rücktritt wegen Verzuges mit einem Teil der Leistung . 69
§ 7. Das Wahlrecht des Gläubigers 81
§ 8. Ausschluss des Rücktrittsrechts 92

Seite

II. Die Wirkungen des Rücktritts.

§ 9. Rücktritt und Wandelung 100
§ 10. Wirkung auf das bestehende Schuldverhältnis
1. Erlöschen des Schuldverhältnisses 102
2. Bereicherungsklage? 104
3. Kein Wegfall der causa 110
4. Wirkung ex nunc oder ex tunc? 112
§ 11. Inhalt des neuen Schuldverhältnisses
1. Entstehungsgrund 113
2. Wie ist das Schuldverhältnis zu beurteilen? . . 114
3. Das Schuldverhältnis im einzelnen 115
4. Beginn der Haftung 121
§ 12. Schadenersatz
1. Rücktritt und Schadenersatz im allgemeinen . . 126
2. Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht d. Irrenden 127
3. Voraussetzungen des Schadenersatzanspruches des zurücktretenden Gläubigers 129
4. Höhe des Schadenersatzes 134
5. Bestrebungen, neben dem Rücktritt Schadenersatzanspruch zu gewähren 140
Nachtrag 144

Literatur-Verzeichnis.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten 2. Auflage 2. Bd. 1879.

Dernburg, Pandekten 7. Aufl. 1902.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten 7. Aufl.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts 9. Aufl. 1906.

Bechmann, der Kauf nach gemeinem Recht 1876/84.

Hanausek, die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware 1883/84.

Ihering, das Schuldmoment im römischen Privatrecht 1867.

Ihering, culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen in Bd. 4 der Jahrbücher für Dogmatik.

Kniep, die mora des Schuldners, 2 Bd. 1871 ff.

Haberstich, Handbuch des schweizerischen Obligationenrechts 1884.

Rossel, manuel du droit fédéral des obligations. 2. Aufl. 1905.

Vogt, leichtfassliche Anleitung zur Anwendung des S.O.R. 1882.

Hafner, das schweizerische Obligationenrecht mit Anmerkungen und Sachregister 2. Aufl. 1905.

Schneider und Fick, Kommentar zum S.O.R. 1897.

Blumenstein, Begriff des Verschuldens in Artt. 124, 125 des S.O.R. in Bd. 36 Z.b.J.V.

Claparède, Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzuge 1. Teil 1903.

Curti, schweizerisches Handelsrecht 1903.

Marcusen, das negative Vertragsinteresse in Bd. 26 Z.b.J.V.

Melliger, culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen 1898.

Meyer, der Verzug des Gläubigers im S.O.R. Zürich. Diss. 1906.

Munzinger, Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechts 1865.

Schindler, über das Rücktrittsrecht bei zweiseitigen Schuldverträgen nach Artt. 122—125 des S.O.R. Zürich Diss. 1886.

v. Tuhr, über die Mängel des Vertragsabschlusses nach S.O.R. in Bd. 16 und 17 n.F. der Zeitschrift für schweizerisches Recht.

Weissenbach, die Schadenersatzpflicht aus Verträgen nach S.O.R. Zürich, Diss. 1900.
Entwürfe des revidierten S.O.R. von 1905 und 1909.
Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts.
Zeitschrift des berner Juristenvereins.
Schweizer Blätter für handelsgerichtliche Entscheidungen.
Blätter für zürcherische Rechtssprechung.
Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundeszivilrechts.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900.
Crome, System des bürgerlichen Rechts 1902.
Dernburg, das bürgerliche Recht Bd. 2 1899/1901.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 8. Aufl. 1902.
Stammler, das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren 1897.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse 2. Aufl. 1906.
Planck, bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl. 1907.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse 1900.
Staudinger, Kommentar zum B.G.B. 3. u. 4. Aufl. 1908.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. 1900.
Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts 1882.
Gareis, das deutsche Handelsrecht 7. Aufl. 1903.
Thöl, das Handelsrecht Bd. 1 6. Aufl. 1879.
Düringer und Hachenburg, Kommentar zum H.G.B. 1905. 3. Bd.
Lehmann und Ring, das Handelsgesetzbuch 1901.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar 2. Bd. 13. Aufl. 1907.
Staub, Kommentar zum H.G.B. 2. Bd. 8. Aufl. 1907.
Eiswaldt, Rücktritt und Zurückweisung, Erlangen, Diss. 1896.
Fürle, welche Unterschiede in der Haftung bestehen zwischen der bei Ausübung des Rücktrittsrechts sich ergebenden Rückgewährsverpflichtung und der condictio wegen Erlöschens der causa? Nach B.G.B. Erlangen Diss. 1904.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht 1900.
Jacobi, zur Lehre vom Sukzessivlieferungsvertrage in Gruchot, Bd. 50.
Lehmann, die Ausweitung der debitorischen Verzugswirkung 1891.
Littmann, das gesetzliche Rücktrittsrecht vom Vertrage nach dem B.G.B. Rostock, Diss. 1902.
Müller, der Sukzessivlieferungsvertrag in Gruchot Bd. 50.
Oertmann, die Bedeutung der Rücktrittserklärung in den „Blätter für Rechtsanwendung" Bd. 69, 1904,
Rudolph, besteht für denjenigen, welcher einen Vertrag durch Ausübung eines Rücktrittsrechts auflöst, ein Anspruch auf Schadenersatz gegen den Gegner? Greifswald, Diss. 1906.

Seckel, die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts (in der Festgabe für Koch) 1903.
Siber, zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht in Iherings Jahrb. Bd. 50 S. 55—276.
Staub, positive Vertragsverletzungen 1904.
Stawski, die Wirkung der Rücktrittserklärung auf das bestehende Schuldverhältnis, Erlangen, Diss. 1905.
Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Bolze, die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Deutsche Juristenzeitung.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

Erklärung der Abkürzungen.

S.O.R. = Schweizerisches Obligationenrecht.
B.G.E. = Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts.
B.G. = Bundesgericht.
H.E. = Schweizer Blätter für handelsgerichtliche Entscheidungen.
Bl. f. z. R. = Blätter für zürcherische Rechtssprechung.
Z. b. J. V. = Zeitschrift des berner Juristenvereins.
revue = revue der Gerichtspraxis.
B.G.B. = Bürgerliches Gesetzbuch.
H.G.B. = Handelsgesetzbuch.
C.P.O. = Civilprozessordnung.
B.R. = Bürgerliches Recht (Lehrbuch).
R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts.
R.O.H.G. = Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts.
J.W. = Juristische Wochenschrift.
Bolze = Bolze, die Praxis des Reichsgerichts.
Gruchot = Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
D.J.Z. = Deutsche Juristenzeitung.
L.Z. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Wechsel- und Konkursrecht.
Z.H.R. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

Die in Betracht kommenden Artt. lauten:

Art. 122. Wenn sich bei zweiseitigen Verträgen der eine Teil im Verzuge befindet, so ist der andere berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch eine zuständige Behörde ansetzen zu lassen mit der Androhung, dass mit Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst sei.

Art. 123. Ergibt sich aus dem Vertrage die Absicht der Parteien, dass die Leistung zu einer bestimmten Zeit, weder früher noch später, oder bis zu einer bestimmten Zeit und nicht später erfolgen soll, so gibt die Nichterfüllung des Vertrages zur oder bis zur bestimmten Zeit dem andern Teile das Recht, ohne weiteres vom Vertrage zurückzutreten.

Art. 124. In den Fällen der Artikel 122 und 123 kann der vom Vertrage Zurücktretende das von seiner Seite Geleistete zurückfordern und überdies, wenn er ein Verschulden nachweist, Schadenersatz verlangen.

Art. 125. Wenn infolge Verzuges des Schuldners die Leistung für den Gläubiger nutzlos geworden ist, so kann dieser die Annahme verweigern, die Gegenleistung zurückbehalten oder, wenn sie schon geschehen ist, zurückfordern und überdies, wenn er ein Verschulden nachweist, Schadenersatz verlangen.

Art. 234. Ist im kaufmännischen Verkehr ein bestimmter Lieferungstermin verabredet, so wird vermutet, dass der Käufer berechtigt sein solle, bei dem Verzuge des Verkäufers ohne weiteres von dem Vertrage zurückzutreten.

Zieht jedoch der Käufer vor, die Lieferung zu verlangen, so hat er dieses dem Verkäufer unverzüglich nach Ablauf des Termins anzuzeigen, widrigenfalls er nicht mehr auf Erfüllung des Vertrages, sondern nur auf allfälligen Schadenersatz klagen kann.

Einleitung.

Verträge sind heilig, selbst der Göttervater Wotan ist an sie gebunden.[1] Unser ganzes Verkehrsleben stützt sich auf Verträge. Deshalb schützt die Rechtsordnung den Vertrag. Insbesondere gibt sie dem vertragstreuen Teile Rechtsmittel gegenüber dem nicht vertragstreuen. Eines dieser Mittel ist das Rücktrittsrecht.

Ein gesetzliches Rücktrittsrecht ist denkbar als Folge der Nichterfüllung oder der nicht richtigen Erfüllung seitens einer Vertragspartei. Es soll denjenigen, der seine Leistung vertragsgemäss erfüllt oder zu erfüllen bereit ist, schützen gegen den, der seiner Vertragspflicht nicht nachkommt. Je stärker der Schutz ist, der einer Partei zu teil wird, um so empfindlicher wird er die andere treffen. Das Rücktrittsrecht gehört zu den einschneidendsten Schutzmitteln. Es verändert nicht blos die Vertragsleistungen, sondern es bewirkt Aufhebung des Schuldverhältnisses. Aus dem Grundsatze der Vertragsfreiheit ergibt sich, dass die Parteien diese starke Wirkung als Folge irgend eines Umstandes beliebig eintreten lassen können. Das in einem an sich gültigen Vertrage verabredete Rücktrittsrecht besteht unbeschränkt, ob es geknüpft ist an die Nichterfüllung resp. an die nicht richtige Erfüllung oder an einem Umstand, der auf die Erfüllung rechtlich oder tatsächlich ohne jeden Einfluss wäre, wenn ihm die Parteien diese Wirkung nicht zuerkannt hätten. Allein verderblich wäre es, wollte man diese grosse Bewegungsfreiheit den Parteien auch von

[1] Vgl. Wagner: Rheingold 2. Szene, Walküre 2. Aufzug: „Der durch Verträge ich Herr, den Verträgen bin ich nun Knecht".

Gesetzes wegen geben, ohne besondere vertragliche Vereinbarung.[1] Aufgabe des Gesetzes ist, für die Normalfälle des Lebens Normen aufzustellen, welche der Gerechtigkeit und der Sicherheit des Verkehrs möglichst nahe kommen. In einem Vertrag sollen die Stellungen der Parteien rechtlich gleich günstig sein. Die Wagschalen sollen sich rechtlich das Gleichgewicht halten. Dieses Gleichgewicht wird gestört, sobald der eine Teil seiner Vertragspflicht nicht nachkommt. Wie bei Verringerung der Belastung das Steigen der einen Wagschale das Sinken der andern verursacht, so hat beim Vertrag Nichteinhaltung, die Selbstentlastung von übernommenen Pflichten auf der einen Seite relative Mehrbelastung auf der andern Seite zur Folge. Um das Gleichgewicht wieder herzustellen, kann man zwei Wege einschlagen: Man gibt der leichter gewordenen Schale die frühere Belastung wieder (Erfüllungsklage), oder man entlastet beide Schalen vollständig, so dass der Zustand hergestellt wird, wie er vor der Belastung bestand. Dieses letztere Verfahren, auf den Vertrag angewendet, ist der Rücktritt vom Vertrage.

Die Rechtsordnung hat ein Interesse am Bestehen der Verträge, nicht an deren Auflösung.[2] Daraus erklärt sich die geschichtliche Entwicklung des gesetzlichen Rücktrittsrechtes oder richtiger der Mangel eines solchen, das junge Alter des Rücktrittsrechtes. Das römische und das gemeine Recht haben sich gegen dasselbe gesträubt. Sie haben mannigfaltige Mittel ge-

[1] Im justinianischen Recht bestand das sog. jus poenitendi, ein Reurecht zu Gunsten desjenigen, der seine Verpflichtung aus einem Innominatkontrakt erfüllt hat. Er konnte schon vor Eintritt der Fälligkeit der Gegenleistung zurückfordern. D. 12, 4 l. 3 §§ 1 und 2, l. 5 pr. und § 1. Doch gelten diese Stellen als interpoliert. Vgl. Dernburg, Pand. II S. 20 Anm. 16.

[2] Aber auch ein starres Festhalten an einem Vertrag kann unzweckmässig werden. Vgl. Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren S. 89: „Es wird von niemanden bezweifelt werden, dass in vielen Fällen das bedingungslose Durchführen eines früher geschlossenen Vertrages ein Unding sein muss, wenn in nicht vorherzusehender Weise der tatsächliche Unterbau des Vertragsverhältnisses weggefallen und eine ganz veränderte Sachlage geschaffen worden ist".

funden, welche den vertragstreuen Teil schadlos halten sollten gegenüber dem nicht vertragstreuen, aber das in manchen Fällen einfachste und zunächst liegende und für beide Teile vorteilhafteste Mittel, das Rücktrittsrecht, haben sie ihm nicht gegeben.[1] Nur ausnahmsweise kommt es vor. Aber dauernden Widerstand vermochte es nicht zu leisten. Das 19. Jahrhundert hat ihn gebrochen. Die modernen Kodifikationen haben sich darauf besonnen, dass die Rechtsordnung die Pflicht hat, den stets sich ändernden Bedürfnissen des Lebens Rechnung zu tragen und nicht diesen zum Trotz an einmal gewonnenen Rechtsanschauungen und Normen festzuhalten. Indem sie sich zur Dienerin der Bedürfnisse macht, erhebt sie sich zugleich zur Herrscherin über dieselben, und sie kann sich auf ihrem Throne nur dann halten, wenn sie diesen Bedürfnissen stets entgegenkommt.

Die Kodifikationen des 19. Jahrhunders haben das gesetzliche Rücktrittsrecht anerkannt. Aber geleitet von dem Gedanken, dass ein Vertrag für beide Teile bindend ist, haben sie nur ein beschränktes Rücktrittsrecht zugelassen. Nicht in jedem Falle der Nichterfüllung oder nicht richtigen Erfüllung kann nach dem S. O. R. die eine Partei zurücktreten, sondern nur unter gewissen Voraussetzungen, nur wenn die andere in rechtswidriger Weise nicht richtig leistet inbezug auf die Zeit. Das Rücktrittsrecht[2] stellt sich also im wesentlichen als eine Folge des Verzuges dar.

---

[1] Den Grund der mangelhaften Entwicklung des Rücktrittsrechts speziell im römischen Recht werden wir in § 1 kennen lernen.

[2] nämlich das allgemeine, im ganzen Obligationenrecht bestehende Rücktrittsrecht. Bei den einzelnen Verträgen kommen auch andere Rücktrittsgründe vor.

I. Die Voraussetzungen des Rücktritts.

Zu den Voraussetzungen des Rücktritts gehören stets: zweiseitiger Vertrag und Verzug. Diese beiden Erfordernisse führen auf Gebiete, welche eine eigene Bearbeitung verdienen, und über die auch schon eingehende Untersuchungen gemacht worden sind. Dabei sind eine Reihe von Streitfragen entstanden. Darauf einzugehen, liegt ausserhalb der Grenzen dieser Arbeit. Eine ausführliche Darstellung der Voraussetzungen wird hier nicht gegeben, ebensowenig aber schien es angezeigt, sie stillschweigend zu übergehen. Es ist von ihnen soweit die Rede, als damit einerseits das Anwendungsgebiet des Rücktrittsrechts bezeichnet werden soll und anderseits zum Verständnis desselben nötig ist.

§ 1. Der zweiseitige Schuldvertrag.

Nur beim Vertrag gibt es ein Rücktrittsrecht; es fallen also alle ausserkontraktlichen Obligationen (Delikt, ungerechtfertigte Bereicherung, negotiorum gestio) ausser Betracht, und weil zu den Voraussetzungen des Verzuges ein klagbares Forderungsrecht gehört,[1] scheidet auch die Naturalobligation aus.

Im S. O. R. finden sich keine besonderen Abschnitte über den gegenseitigen Vertrag wie im B. G. B. §§ 320—327. Vom zweiseitigen Vertrag reden Artt. 95, 122 ff., 145. Wenn die Gesetze keine Bestimmungen über die Entstehung des zweiseitigen Vertrages enthalten, so regeln sie doch die Auflösung desselben, und dabei kommen die Teile, aus denen er besteht, wieder zum Vorschein. Da der zweiseitige Vertrag ein Spezialfall des Vertrages ist, gelten für ihn auch die Lehren, welche das S. O. R. für die Vertragsschliessung überhaupt aufstellt.

Der zweiseitige Vertrag ist dadurch ausgezeichnet, dass jeder Gläubiger zugleich Schuldner und jeder Schuldner zu-

[1] vgl. Windscheid-Kipp II S. 131, Dernburg Pand. II 110. D. 50, 17, 88 nulla intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est.

gleich Gläubiger ist. Diese Gegenseitigkeit muss sich aus dem Obligationsgrund selbst ergeben, d. h. sie muss ohne besondere Abrede vorhanden sein und von vorneherein feststehen. Es gehört dahin nicht der Fall, wo zwei einseitige Obligationen einander gegenüberstehen, z. B. A verspricht dem B und B verspricht dem A ein Geschenk, denn das sind zwei Verträge. Jede Leistung muss sich in einem einheitlichen Vertrag darstellen als Entgelt für die andere Leistung. Deshalb sprechen Artt. 125 und 145 von Leistung und Gegenleistung. Nur bei den vollkommen gegenseitigen Verträgen trifft das zu, wie Kauf-, Tausch-, Miet-, Werkverträgen. Keine Gegenleistung sind z. B. die Auslagen, die der Mandant dem Mandatar zu ersetzen hat, denn sie bilden nicht ein Aequivalent für die Leistung des Mandatars. Die obligationes bilaterales inaequales fallen nicht unter die Bestimmungen der Artt. 122 ff.[1]

Ausnahmsweise gibt es aber zweiseitige Verträge mit zeitlich beschränkter einseitiger Gebundenheit. So der Kauf auf Probe.[2] Wenn ferner eine nicht vertragsfähige Person ohne Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters einen Vertrag abschliesst, wird im Moment des Vertragsabschlusses nur der Gegenkontrahent verpflichtet (S. O. R. Art. 32). Der Willensmangel einer Partei macht den Vertrag für sie unverbindlich, wenn sie sich bei Abschluss desselben in einem wesentlichen Irrtum befunden hat (Art. 18), oder wenn sie durch betrügegerische Handlungen (Art. 24) oder durch Erregung gegründeter Furcht (Art. 26) von dem andern zum Vertragsschlusse verleitet wurde. In diesen Ausnahmefällen ist die Gebundenheit eine einseitige, so lange der Vertrag schwebt. Ist er aber einmal in Kraft getreten, dann werden beide Teile verpflichtet. Die genetische Abhängigkeit, welche ein Merkmal des zweiseitigen Vertrages ist, und die bedeutet, dass der eine ver-

[1] vgl. S. O. R. Artt. 321 Gebrauchsleihe, 392, 400 Mandat. Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse S. 185. Zu den gegenseitigen Verträgen gehören nicht die sog. ungleichseitig zweiseitigen Verträge, „bei denen nur die Haftung des einen Teils wesentlich ist, während es dahinsteht, ob auch eine Leistungspflicht des andern Teils entstehen wird (Auftrag, Leihe)."

[2] Art. 269. revue III 37.

pflichtet wird nur unter der Bedingung, dass auch der andere sich verpflichtet, ist in diesen Annahmefällen nur eine beschränkte. Der eine ist gebunden, bevor feststeht, ob auch der andere gebunden sein wird. Im Normalfall kann jeder den andern zwingen, den Vertrag zu halten, hier dagegen kann nur ein Teil diesen Zwang ausüben. Aber die Abhängigkeit ist doch vorhanden, denn er hört auf, gebunden zu sein, wenn der andere zu leisten sich nicht bereit erklärt. (S.O.R. Artt. 32 Abs. 2, 33. B. G. B. § 108.) Das ist eine Konsequenz der genetischen Abhängigkeit. Nicht nur die Gültigkeit der Verpflichtung des beschränkt Geschäftsfähigen ist von der Genehmigung abhängig, sondern die des ganzen Vertrages. Nach § 109 B.G.B. kann die geschäftsfähige Partei bis zur Genehmigung widerrufen, aber sie ist doch insofern stärker gebunden, „als es einer Handlung ihrerseits bedarf, um sich von dem Vertrage los zu machen, während die geschäftsbeschränkte Partei, welche nach dem Vertragsschluss die Hände in den Schoss legt, nicht gebunden ist: in der stärkern Gebundenheit der einen Partei besteht aber das Wesen des hinkenden Vertrages.“ [1]

Beim gegenseitigen Vertrag haben die Verpflichtungen gemeinsamen Ursprung. Sie sind von einander abhängig. Diese Erscheinung wirkt auch nach ihrer Entstehung fort. Die Verpflichtungen bedingen sich auch in ihren Wirkungen. Das ist die funktionelle Abhängigkeit. Damit hängt das Rücktrittsrecht zusammen. Im römischen Recht waren die beiden Forderungen aus dem gegenseitigen Vertrag grundsätzlich selbständige Forderungen.[2] Der wirtschaftliche Zusammenhang wurde nicht in den Vordergrund gestellt, sondern man leistete, um sein Versprechen zu erfüllen. Nach Bechmann[3] war auch im römischen Recht für den Kauf die genetische Abhängigkeit wesentlich, dagegen fehlte die funktionelle Abhängigkeit. Die beiden Forderungen waren nur ihrer Ent-

[1] Schollmeyer a. a. O. S. 186.

[2] vgl. Dernburg Pandekten II 57.

[3] Bechmann, Kauf I 540.

stehung nach von einander abhängig, einmal entstanden, waren sie selbständig.[1]

Zufälliger Untergang der Vertragsleistung des Verkäufers befreite den Gegenkontrahenten nicht von der Gegenverpflichtung. Wenn die Leistung des einen unmöglich wurde, war das kein Grund, den andern von seiner Verbindlichkeit zu entlasten. Aus dieser Auffassung erklärt es sich, dass ein gesetzliches Rücktrittsrecht nur ausnahmsweise vorkommt. Anders in den modernen Gesetzgebungen. Im C.c., B.G.B und S.O.R. sind die Verpflichtungen grundsätzlich auch funktionell von einander abhängig. Unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung des einen Teils befreit den andern. Die Leistung ist hier nicht Selbstzweck, sondern sie wird nur gemacht, um die Gegenleistung zu erhalten.

§ 2. Verzug.

A. Begrenzung des Verzuges, soweit er für das Rücktrittsrecht Voraussetzung ist.

1. Ein Rücktrittsrecht nur wegen Schuldner-, nicht auch wegen Gläubigerverzuges.

Aus der farblosen Ausdrucksweise des Art. 122: „Wenn sich bei zweiseitigen Verträgen der eine Teil im Verzuge befindet . . .“ darf nicht geschlossen werden, dass das Rücktrittsrecht sowohl dem Gläubiger als dem Schuldner zusteht, sondern das Rücktrittsrecht hat nur der Gläubiger. So auch im B.G.B. Im zweiseitgen Vertrag spielen beide Kontrahenten beide Rollen: jeder ist Gläubiger und zugleich Schuldner. Bald tritt A. als Gläubiger auf, bald B. Um allen Missverständ-

[1] Diese Selbständigkeit wurde gemildert durch Einführung der exceptio. Wer auf Erfüllung klagte, ohne selbst geleistet zu haben, wurde mit der exceptio non adimpleti contractus zurückgewiesen.

nissen vorzubeugen, hat das S. O. R. nicht gesagt: wenn sich der Schuldner im Verzuge befindet. Man hätte sonst auf den Gedanken kommen können, dass in einem Vertragsverhältnis der Schuldner immer die gleiche Person sei, währenddem sie in Wirklichkeit beim zweiseitigen Vertrag wechselt. Die Meinung ist also: wenn sich der jeweilige Schuldner im Verzuge befindet. Art. 122 ist einerseits so auszulegen, dass der eine Teil immer wegen Leistungsverzuges des andern zurücktreten kann, anderseits in der Weise, dass es ein Rücktrittsrecht gibt nur wegen Schuldner-, nicht auch wegen Gläubigerverzuges. Diese beschränkte Anwendung der Artt. 122 ff. geht schon aus der Stellung im Gesetze hervor. Artt. 117 ff. regeln nur den Verzug des Schuldners, während für die mora creditoris die Artt. 106 ff. gelten. Ferner spricht Art. 125 ausdrücklich vom Verzuge des Schuldners. Es lässt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des S. O. R. feststellen, dass unter dem Verzug der Artt. 122 ff. nur Schuldnerverzug zu verstehen ist. Der Entwurf von 1875 kannte ein Rücktrittsrecht wegen Gläubigerverzuges in Art. 152.[1] Aus dem Wegfall dieses Art. muss geschlossen werden, dass es ein Rücktrittsrecht nur wegen Schuldnerverzuges gibt.[2]

M. E. begründet das B. G. das Rücktrittsrecht falsch, wenn es in Bd. 22, 1202 sagt:

„Denn offenbar setzten sich bie Beklagten dadurch, dass sie trotz des Drängens der Kläger weitere Spezifikation verweigerten, in Annahmeverzug (106 S. O. R.). Damit erwuchs aber den letztern das Recht, vom Vertrage zurückzutreten."

Aehnlich lautet eine Entscheidung des zürcherischen Handelsgerichtes in Bd. 15, 256.

[1] Art. 152 des Entwurfs von 1875 lautete: „Ist der Gläubiger im Verzug, so kann der Schuldner demselben durch den Richter eine Frist zur Empfangnahme ansetzen lassen, mit der Androhung, dass er bei weiterer Zögerung nicht mehr gebunden sei und dann nach Ablauf der Frist von dem Vertrage abgehen und Ersatz des allfälligen Schadens begehren."

[2] Ebenso Meyer, Der Verzug des Gläubigers im S. O. R., Zürich, Diss 1906, S. 79.

„Die Weigerung der Beklagten, weitere Bezüge zu machen, enthalten einen Annahmeverzug der Beklagten als Käufer, mithin eine Verletzung des Lieferungsvertrages, und die Kläger waren infolgedessen berechtigt, von diesem ohne weiteres zurückzutreten." Dieselbe Instanz vertritt in neueren Entscheidungen den entgegengesezten Standpunkt.

Bl. f. z. R. I S. 66.

„Nach Art. 122 S. O. R. steht allerdings beim Verzuge des einen Teils dem Gegenkontrahenten das Recht zur Vertragsauflösung zu, aber es ist ohne weiteres klar, dass der Verzug, von dem hier gesprochen wird, nicht der Annahmeverzug, sondern der Erfüllungsverzug ist. Demgemäss kann beim Kaufvertrage der Verkäufer nicht etwa schon deswegen vom ganzen Vertrage zurücktreten, weil der Käufer mit der Annahme des Kaufgegenstandes säumig ist, vielmehr stehen ihm mit Rücksicht auf den Annahmeverzug des Gegenkontrahenten nur die Rechte der Artt. 107 und 108 S. O. R. zu." Ebenso Bl. f. z. R. IV S. 164.

„Wie in der Gerichtspraxis schon wiederholt erklärt wurde, berechtigt der Annahmeverzug des Käufers den Verkäufer an sich noch nicht zum Rücktritt vom abgeschlossenen Vertrage. Die Erklärung des Beklagten, dass er keine Ware mehr beziehen wolle, war also rechtlich bedeutungslos."[1]

Diese wenigen Beispiele lassen erkennen, dass die Ansichten über die Anwendung des Rücktrittsrechts auseinandergehen. Es widersprechen nicht blos die Urteile des zürcherischen Handelsgerichts denjenigen des B. G., sondern in der Praxis des B. G. selbst treten die Gegensätze zu Tage.[2] Darüber herrscht kein Streit, dass das Rücktrittsrecht nur als Folge des Schuldnerverzuges verliehen wird und nicht auch als Folge des Gläubigerverzugs.[3] Wenn der Rücktritt gestattet wird, weil sich der eine Teil im Annahmeverzug befinde, unter Hinweis auf Art. 106, so ist das zum mindesten eine unvollständige

[1] Desgleichen Bl. f. z. R. 1 [180, 354].

[2] Siehe unten S. 14.

[3] Vgl. Meyer: S. 81.

Ausdrucksweise, denn sie führt zu der falschen Auffassung, dass auch der Schuldner wegen Verzugs des Gläubigers zurücktreten könne. Das ist aber nicht die Meinung der Gerichte, sondern das Rücktrittsrecht wurde deshalb an den Annahmeverzug geknüpft, weil dieser ein Schuldner-, nicht ein Gläubigerverzug sei. Man hält daran fest, dass es ein Rücktrittsrecht nur wegen Schuldnerverzuges gibt, erblickt aber einen solchen schon im Annahmeverzug, während andere diesen als Gläubigerverzug ansehen. Diese verschiedene Auffassung vom Annahmeverzug ist der Grund der schwankenden Judikatur.

2. Annahmeverzug ist Gläubigerverzug.

Vorerst ist die Frage so zu stellen: Ist Annahmeverzug Gläubiger- oder Schuldnerverzug?

Für die Ansicht, es handle sich um Schuldnerverzug, wird Art. 260 des S. O. R. angeführt.

Art. 260: „Der Käufer ist verpflichtet, den Preis nach den Bestimmungen des Vertrages zu bezahlen und die gekaufte Sache, sofern sie ihm von dem Verkäufer vertragsgemäss angeboten wird, anzunehmen. Die Empfangnahme muss sofort geschehen, wenn nicht etwas anderes vereinbart oder ortsgebräuchlich ist."

Hier werde die Annahmepflicht des Käufers als selbständige Schuldnerverpflichtung der Leistungspflicht des Verkäufers gegenübergestellt.[1]

Das müssen wir verneinen. Gerade dort, wo die aus dem Kauf resultierenden beidseitigen Verpflichtungen sich einander gegenüberstehen, ist von der Annahmepflicht überhaupt nicht die Rede.[2]

Art. 260 sagt nur, dass der Käufer, der die in vertragsmässigem Zustande angebotene Ware nicht annimmt, in Gläu-

[1] Meyer a. a. O. S. 80

[2] Art. 229. „Durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu vollem Recht und Genusse zu übergeben, und der Käufer, dem Verkäufer den verabredeten Preis zu zahlen."

bigerverzug gerate.[1] Welchen Zweck hätte sonst die Bestimmung, dass der Gläubiger, der die Annahme der gehörig angebotenen Leistung ungerechtfertigterweise verweigert, in Verzug kommt?[2] Wenn gleichzeitig Schuldnerverzug vorliegt, wird der andere Teil die weiter gehenden Rechte, welche aus dem Schuldnerverzug entspringen, geltend machen. Den Erfordernissen des Art. 117 wäre auch bei nicht Zug um Zug zu erfüllenden Verbindlichkeiten Genüge geleistet, denn wenn der Verkäufer verpflichtet ist, innerhalb einer bestimmten Zeit zu liefern, so muss der Käufer die Lieferung innert dieser Frist annehmen. Seine Leistung, die Annahme, wäre also fällig. Die Mahnung würde schon im Anerbieten der Leistung liegen. Daher würde bei Annahmeverzug, der zweifellos Gläubigerverzug ist, stets gleichzeitig auch Schuldnerverzug vorliegen.

Diese Auffassung führt zu einer Verwischung des Unterschiedes von Gläubiger- und Schuldnerverzug. Wenn das B. G. auch im Unterlassen der Spezifikation einen Annahmeverzug erblickt, dann wird die Unterscheidung von Annahme- und Gläubigerverzug wertlos. Sie findet auch im Gesetze keinen Halt. Will man Annahme- und Gläubigerverzug nicht identifizieren, so kann man höchstens im Annahmeverzug den einen, in der Nichtvornahme der dem Gläubiger obliegenden Vorbereitungshandlungen den anderen Anwendungsfall des Gläubigerverzugs sehen.

Gläubigerverzug

Annahmeverzug Nichtvornahme der Vorbereitungshandl.

Spezifikation gehört zu den dem Gläubiger obliegenden Vorbereitungshandlungen. Aus dem Urteil des B. G. muss notwendig geschlossen werden, dass jedes Unterlassen der Vorbereitungshandlungen, z. B. des Abrufs, Annahmeverzug, d. h. nach dem zitierten Urteil des B. G und des zürcherischen H. G.

[1] Ebenso Bl. f. z. R. 1 66.

[2] Art. 106. „Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen, ohne welche der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist, ungerechtfertigterweise verweigert."

Schuldnerverzug begründe. Gibt man dem Worte Annahmeverzug diesen Inhalt, so ist er nicht ein Anwendungsfall des Gläubigerverzuges, sondern bedeutet den Oberbegriff Gläubigerverzug selbst. Und das Ergebnis? Annahmeverzug, d. h. Gläubigerverzug sei Schuldnerverzug!

3. Annahme- und Abnahmeverzug.

Es ist nicht unwahrscheinlich, dass diese Verwirrung auf den Einfluss des deutschen Rechts zurückzuführen ist. Nicht als ob das B. G. B. den Annahmeverzug zum Schuldnerverzug rechne, auch nach dem B. G. B. ist Annahmeverzug Gläubigerverzug.[1] Aber das deutsche Recht untercheidet zwischen Annahme- und Abnahmeverzug des Käufers. Annahmeverzug ist Verzug bei Rechtsausübung.[2] Dabei wird unter Annahme nur die Ausübung des Rechts des Käufers auf Uebergabe und Eigentumsverschaffung verstanden.[3] Der Käufer sei berechtigt, die Ware zu fordern, sei insoweit Gläubiger hinsichtlich der Ware und als solcher verpflichtet, die Ware an zunehmen.[4] Er sei aber auch verpflichtet, die Ware ab zunehmen[5] und insoweit Schuldner hinsichtlich der Ware. Abnahme ist die körperliche Hinwegnahme der vom Schuldner bereit gehaltenen Sache.[6] Wie im S. O. R bewirkt das Unterlassen der erforderlichen Mitwirkungshandlungen des Käufers Annahme- d. h. Gläubigerverzug (B. G. B. § 295), z. B. wenn der Käufer abrufen soll, dies aber unterlässt,[7] oder wenn Mitwirken des Käufers beim Ausscheiden aus einer Gattung bedungen ist, dieser aber nicht mitwirkt.[8]

[1] B. G. B. § 293.

[2] Makower, Kommentar zum H. G. B S. 1139.

[3] Makower a. a. O. 1140.

[4] Staub, Kommentar zum H. G. B., § 374 Anm. 5.

[5] B. G. B. § 433 Abs. 2. „Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

[6] Makower S. 1196. R. G. 53 [162], 56 [175], 57 [109, 401].

[7] R. G. 16 II 04 J. W. 168 [8].

[8] Makower S. 1142.

Allerdings rechnet die kaufmännische Welt diese Pflichten unter die Abnahme. Sie versteht unter Abnahme die Erfüllungshandlungen des Käufers überhaupt, also Abruf, Spezifikation, Annahme und Abnahme.[1] Deshalb ist nach H. G. B. § 375 der Verzug des Käufers in der Erfüllung der Spezifikationspflicht Schuldnerverzug und gibt dem Verkäufer die Rechte aus § 326 B. G. B., sofern die Voraussetzungen der §§ 284, 285 B. G. B vorliegen. Eine solche Sondervorschrift existiert im S. O. R. nicht, also ist Spezifikationsverzug auch bei Handelskäufen Annahme-, d. h. Gläubigerverzug wie im B. G. B.[2]

Annahme und Abnahme werden so scharf getrennt, dass Makower annimmt, sie fielen unter Umständen auseinander.[3] Annahme ohne Abnahme liege z. B. vor, wenn trotz Besitz- und Eigentumsübertragung die Ware auf dem Grundstück des Verkäufers lagern bleibt. Abnahme ohne Annahme sei erfolgt, „wenn der Käufer die Ware unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, dass er das Eigentum an ihr nicht erwerben wolle, auf Verlangen des Verkäufers vorläufig fortschafft und bei sich oder einem dritten für Rechnung wen es angeht, lagert.“ Der Käufer erklärt von Anfang an, nur als Fremdbesitzer besitzen zu wollen.

Von einer Unterscheidung in Annahme- und Abnahmeverzug ist im S. O. R. nicht die Rede. Ebensowenig kennt es zwei Arten des Annahmeverzuges. Annahmeverzug ist stets Gläubigerverzug und nicht bald Gläubiger-, bald Schuldnerverzug. Wo soll denn das Kriterium liegen? Die nachfolgende Entscheidung des B. G. lässt vermuten, dass die Annahmeverweigerung Schuldnerverzug begründe. Das ist jedoch in dieser allgemeinen Form nicht richtig.[4]

Es heisst in B. G. E. 28 II [270].

[1] Staub, Exkurs vor § 373 Anm. 67.

[2] Bl. f. z. R. VII S. 305. Auch die Unterlassung des Abrufs begründe Gläubigerverzug.

[3] Makower 1140.

[4] Vgl. unten Abschnitt 6 u. bes. sub B. Abschnitt 1.

„Abgesehen hievon aber[1] ist zu bemerken, dass es sich dabei nur um einen Annahmeverzug der Beklagten, als Gläubigerin der Lieferungen, handeln könnte, indem der Fall vorläge, dass sie die ihr obliegenden Vorbereitungshandlungen nicht vorgenommen hätte, also Art. 106 S. O. R. zuträfe. Nun gibt aber der Fall des Annahmeverzuges des Gläubigers dem Schuldner nicht das Recht, ohne weiteres vom Vertrage zurückzutreten, sondern berechtigt den Schuldner nur zur Hinterlegung der geschuldeten Sache auf Gefahr und Kosten des Gläubigers (Art. 107 S. O. R.). Aus dem Mangel der Spezifikation und der behaupteten Annahmeverweigerung kann daher die Klägerin unmöglich ihr Recht zum Rücktritt vom Vertrage und auf Schadenersatz herleiten."

Da der Annahmeverzug hier Gläubigerverzug ist, wird das Rücktrittsrecht, das eine Folge des Schuldnerverzuges ist, versagt und zwar nicht blos der Rücktritt ohne weiteres, d. h. ohne Fristsetzung, sondern natürlich auch der Rücktritt nach Art. 122 S. O. R.

In der Entscheidung steht weiter:

„Dies würde auch zutreffen für den Fall, als in der Erklärung der Beklagten vom 30. April 1901 eine Annahmeverweigerung gefunden werden wollte. Diese Annahmeverweigerung an sich gibt der Klägerin, die mit Bezug hierauf als Gläubigerin erscheint[2], nicht das Recht zum Rücktritt vom Vertrage sondern sie konnte nur entweder auf Erfüllung und Schadenersatz wegen teilweiser oder nicht gehöriger Erfüllung klagen, oder Frist zur Erfüllung des Vertrages unter Androhung des Rücktritts ansetzen und erst hiernach vom Vertrage zurücktreten und auf Schadenersatz klagen." [3]

[1] d. h. auch wenn die Beklagte die Spezifikation nicht vorgenommen hätte.

[2] In der Entscheidung steht: „gibt der Beklagten, die mit Bezug hierauf als Schuldnerin erscheint", was offenbar eine Personenverwechslung ist.

[3] Wenn die Annahmeverweigerung dem Leistungsverzuge gleichsteht, wie hier das B. G. annimmt, dann bedarf es einer Fristsetzung nicht (Vgl. unten § 5).

Wenn diese Entscheidung sich auch hauptsächlich gegen den sofortigen Rücktritt, den Rücktritt ohne Fristsetzung wendet, so lässt sie doch mit aller Deutlichkeit[1] erkennen, dass der eine Teil nicht zurücktreten kann, wenn der andere die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen ungerechtfertigterweise unterlässt, wohl aber dann, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung verweigert (S. O. R Art. 106), weil es sich in einem Fall um Gläubiger-, im andern um Schuldnerverzug handle. Damit widerspricht das B. G. der oben zitierten Entscheidung.[2] In beiden Fällen kam der Käufer in Annahmeverzug, weil er die Spezifikation unterliess. Trotzdem wird das eine Mal das Rücktrittsrecht gewährt, während es das andere Mal versagt wird, da Gläubigerverzug vorliege.[3]

[1] Unzweideutig wird die Entscheidung aber erst durch die Erörterung über die Annahmeverweigerung. Da der „Rücktritt ohne weiteres" ein technischer Begriff ist (vgl. Artt. 123, 234, 263), so sollte man dort, wo der Rücktritt schlechthin, also auch der Rücktritt unter Fristsetzung (Art. 122) unstatthaft ist, nicht von einem Ausschluss des „Rücktritts ohne weiteres" sondern von einem Ausschluss des „Rücktritts" oder „Rücktritts überhaupt" reden. Vgl. weiter B. G. E 20 ^{982}, abgedruckt unter Abschnitt 6.

[2] oben S. 8. B. G. E. 22 ^{1202}.

[3] Oben hiess es allerdings, die Beklagten hätten weitere Spezifikation verweigert. Aber dadurch sind sie nach der Ansicht des B. G. nur in Annahmeverzug gekommen. Es verweist noch besonders auf Art. 106 (vgl. S. 8). Nun berechtigt nach B. G. E. 28 II ^{270} (vgl. S. 14) der Annahmeverzug nicht zum Rücktritt. Wenn ihn das B. G. in dieser Entscheidung gestattet, so muss es notwendigerweise in der Annahmeverweigerung Leistungsverzug erblicken. Es ist anzunehmen, dass die Weigerung das Wesentliche ist, gleichgültig, ob sie sich bezieht auf die Annahme der angebotenen Leistung oder auf die Vornahme der dem Gläubiger obliegenden Vorbereitungshandlungen. Dann ist im Resultat die Entscheidung in Bd. 22 ^{1202} (oben S. 8) zu verstehen und mit B. G. E. 28 II ^{270} in Einklang zu bringen, aber in der Begründung des Rücktritts liegt ein greller Widerspruch. Deshalb habe ich mich oben nur gegen die Begründung gewendet. Uebrigens führt das B. G. die Unterscheidung zwischen Annahmeverweigerung und Annahmeverzug nicht konsequent durch. Aus B. G. E. 20 ^{982} muss geschlossen werden, dass die Erklärung, nicht annehmen zu wollen, die doch ebenfalls Annahmeverweigerung ist, nicht zum Rücktritt berechtigt.

4. Ein Rücktrittsrecht nur wegen Verzugs mit der Hauptleistung.

Ob man die Annahmeverweigerung[1] der gehörig angebotenen Leistung Gläubiger- oder Schuldnerverzug nennt, ist ohne Einfluss auf das Rücktrittsrecht. Selbst wenn man darin einen Schuldnerverzug erblickt, kann dieser nicht die Wirkung haben, dass der Verkäufer zurücktreten darf, denn der Sinn des Gesetzes ist der, dass beim zweiseitigen Vertrag der eine Teil dann zurücktreten könne, wenn sich der andere im Verzuge befindet mit seiner Leistung, dem Aequivalent der Gegenleistung.[2] Auch nach B. G. B. verleiht der Abnahmeverzug, obwohl er Schuldnerverzug ist, dem Verkäufer nicht das Wahlrecht aus § 326 B. G. B., sondern nur die Rechte aus §§ 280, 286, da dieser Schuldnerverzug nicht die Verpflichtung, eine Sache zu leisten, verletzt, sondern nur die Verpflichtung zur körperlichen Hinwegnahme der vom Verkäufer bereit gehaltenen Sache.[3] Freilich enthält S. O. R. Art. 122 nicht die Formel im Verzug „mit der ihm obliegenden Leistung“ wie B. G. B. §§ 325, 326, und daraus hat man schliessen wollen,[4] das S. O. R. verlange nicht einen Verzug mit der Hauptleistung, sondern der Verzug des Art. 122 S. O. R. sei dann schon gegeben, wenn der eine Teil seiner Annahmepflicht nicht nachkomme, da eben in Art. 260 S. O. R. die Pflicht, die gekaufte Sache anzunehmen, in ganz gleicher Weise als positive Verpflichtung auferlegt werde wie die Zahlung des Kaufpreises. Wir können uns dieser Auffassung nicht anschliessen, sondern halten daran fest, dass Artt. 122 ff. S. O. R. nur dann anzuwenden sind, wenn der Schuldner mit seiner Hauptleistung im Verzuge ist, d. h. mit der Leistung, welche die eigentliche Gegenleistung für die Leistung des Nichtsäumigen ist. Denjenigen, welche den Annahmeverzug als Schuldnerverzug betrachten, kann zum Beweise dafür, dass

[1] Näheres hierüber unten Abschnitt 6 u. sub B Abschnitt 1.
[2] Vgl. Art. 125.
[3] Staub § 374 Anm. 5. R. G. 53 [161], 56 [173], 57 [106].
[4] Z. b. J. V. 41 [208].

mit der Leistung nur die Hauptverpflichtung gemeint ist, Art. 263 S. O. R. entgegengehalten werden.[1] Wenn dem Verkäufer wegen Annahmeverzuges des Käufers ein Rücktrittsrecht gemäss Art. 122 S. O. R. gestattet wäre, dann ist nicht ersichtlich, warum der Verkäufer nur bei Zahlungs- nicht auch bei Annahmeverzug[2] des Käufers ohne weiteres zurücktreten kann, da dieser doch mit seiner Leistung im Verzuge sein soll. Der Art. 263 wird verständlich, wenn man unter der Leistung nur die Hauptleistung versteht.

Jene Auffassung hat bedenkliche Konsequenzen. Wenn aus dem Schuldnerverzuge schlechthin das Rücktrittsrecht des Gläubigers entspringt, so muss auch ein Verzug des Schuldners in einer Nebenverpflichtung die gleiche Folge haben, z. B. der Verkäufer liefert entgegen seiner Verpflichtung die Ware an andere Kaufleute eines bestimmten Bezirkes oder er versäumt, eine Probe mit einer zu liefernden Maschine vorzunehmen.[3] Cosack erklärt auch in solchen Fällen § 326 B. G. B. für anwendbar,[4] während Staub dies verneint. M. E. mit Recht, und aus den angeführten Gründen ist auch Art. 122 S. O. R. nicht anzuwenden. Das Rücktrittsrecht ist ein so tief greifendes Schutzmittel, dass man nicht wegen jeder Kleinigkeit seine Zuflucht zu ihm nehmen kann. Der Käufer ist zu zahlen bereit oder hat vielleicht schon bezahlt, nur ist er nicht in der Lage, die Ware anzunehmen (S. O. R.) bez. abzunehmen (B. G. B.), da es ihm am nötigen Raum fehlt. Soll er deshalb auf den Vertrag verzichten müssen?

[1] Art. 263 S. O. R. „Ist die verkaufte Sache gegen Vorausbezahlung des Preises oder Zug um Zug zu übergeben, und befindet sich der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge, so hat der Verkäufer des Recht, ohne weiteres vom Vertrage zurückzutreten. Er hat jedoch dem Käufer bei Vermeidung von Schadenersatz sofort Anzeige zu machen."

[2] d. h. nach Obigem (B. G. E. 22 1202 u. oben S. 11), nicht auch bei Unterlassung der dem Käufer obliegenden Vorbereitungshandlungen.

[3] Staub Exk. zu § 374 Anm. 161.

[4] Cosack, Lehrbuch d. deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1900, I § 130 IV.

Oder der Verkäufer hat die Maschine rechtzeitig geliefert, aber die versprochene Probe zu machen versäumt.[1] Entspricht es nicht mehr der Billigkeit, wenn der Käufer die Probe auf Kosten des Verkäufers vornehmen lässt (S. O. R. Art. 111), statt ihm das Rücktrittsrecht zu verleihen?

Eine dritte Ansicht vertritt Makower.[2] Er wirft Staub vor, es sei willkürlich, die Annahmepflicht zu den Nebenverpflichtungen zu stellen. Unter Umständen könne dem Verkäufer mehr an der Abnahme als an der Zahlung liegen. So bei Verkauf der auf dem Bauplatze lagernden Bestandteile eines abgebrochenen Gebäudes, bei Verkauf von Bergwerks- oder Fabrikationsabfällen, bei Selbsthilfeverkauf zwecks Lagerreinigung. Gewiss, es ist nicht ausgeschlossen, dass die Abnahmepflicht zur Hauptleistung gehört, aber das sind Ausnahmefälle, welche die Regel bestätigen. Solche Ausnahmen liegen ferner vor bei Verkauf von Masseartikeln, bei Verkauf ab Schiffen[3], wenn durch die Nichtabnahme der ganze Betrieb des Geschäftes gestört wird,[4] oder wenn infolge der Nichtabnahme besonders bereitgestellte Transport- oder menschliche Arbeitskräfte nicht zur Verwendung kommen können.[5]

Gewöhnlich wird aus der Natur des Geschäftes ersichtlich sein, ob die Abnahmepflicht ein Teil der Hauptleistung ist, aber es steht den Parteien frei, die unwesentliche Abnahme zum wesentlichen Bestandteile zu erheben. In solchen Ausnahmefällen wird wegen Verletzung der Abnahmepflicht Art. 122 S. O. R. bezw. § 326 B. G. B. Anwendung finden. Man muss eben immer fragen, was die Hauptleistung sei. Es ist richtig, dass sie oft nur in der Abnahmepflicht ohne Zahlungspflicht bestehen wird. Nur darf man dann einen derartigen Vertrag nicht Kauf nennen. Makower führt als Beispiele an den zwecks Verbreiterung der Potsdamer Strasse erfolgten „Verkauf“ der dort stehenden Bäume durch die Stadt Berlin, „Verkauf“ von

[1] Staub Exk. zu § 374 Anm. 161.
[2] Makower, Kom. S. 1198.
[3] R. G. 53 [262], 57 [112].
[4] R. G. im „Recht“ 05, 470 [1835], 471 [1839].
[5] Staub Exk. zu § 374 Anm. 168.

Teichschlamm zu Düngungszwecken gegen alleinige Verpflichtung des Käufers, den Schlamm auszugraben und zu entfernen.[1] Niemand wird hier gegebenenfalls die Anwendbarkeit des § 326 B. G. B. bez. Art. 122 S. O. R. bezweifeln, aber es wird auch niemand die beiden zuletzt genannten Verträge als Kaufverträge bezeichnen. Es sind Werkverträge und fallen als gegenseitige Verträge unter § 326 B.G.B. bez. Art. 122 S. O.R. Zum Kauvertrage fehlt ihnen ein essentiale negotii, nämlich die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises. Der andere wesentliche Bestandteil des Kaufvertrages ist die Verpflichtung des Verkäufers zur Beschaffung der Kaufsache. Dagegen ist die Abnahmepflicht des § 433 Abs. 2 B.G.B. kein essentiale negotii, sondern nur als eine Wirkung des Kaufvertrages bestimmt, die dem Kaufvertrag nicht wesentlich ist.[2]

Stets stehen sich zwei Hauptleistungen gegenüber, und um ihretwillen existiert das Rücktrittsrecht. Nur diese eigentliche Gegenleistung steht mit der Leistung des Nichtsäumigen in jenem synallagmatischen Verhältnisse, welches rechtfertigt, dass der Verzug in der Erfüllung dem Nichtsäumigen das Recht gibt, vom ganzen Vertrage zurückzutreten.[3] Im übrigen wird man unterscheiden müssen, ob die Verpflichtungen, welche ausser den essentialia negotii bestehen,[4] ein wesentlicher Teil des Vertrages in concreto sind, oder ob es Nebenberedungen sind, deren Wegfall den Abschluss des Vertrages nicht gehindert hätte. Je nach dem Ausfall der Entscheidung wird das Nichterfüllen der Nebenverpflichtung eine Nichterfüllung des ganzen Vertrages bedeuten und, sofern die übrigen Voraussetzungen des Verzuges vorhanden sind, das Rücktrittsrecht gestattet werden, oder es bedeutet nur eine Nichterfüllung der Nebenverpflich-

[1] Makower 1198, Gruchot 48 [721].

[2] S. O. R. Art. 229. R. G. 53 [163].

[3] Staub Exk. zu § 374, Anm. 163.

[4] d. h. die naturalia bez. accidentalia negotii. Sie sind für die betreffende Vertragsart immer Nebenverpflichtungen, für den einzelnen Vertrag aber kann sich ihre Wesentlichkeit ergeben, sei es stillschweigend oder durch ausdrückliche Vereinbarung.

tung. Dann wird man das Rücktrittsrecht verweigern müssen.[1] Die Nebenverpflichtung ist ein Teil der Hauptverpflichtung, wenn z. B. der Verkäufer sich verpflichtet hat, dem Käufer die Handhabung der gelieferten Maschine, die Geheimnis des Verkäufers ist, zu zeigen.[2] Wenn ich ein Zimmer miete, ist stillschweigende Nebenberedung, dass die Vermieterin das Zimmer in Ordnung hält und dass ich einen Hausschlüssel bekomme. Erfüllt sie eine dieser Verpflichtungen nicht, dann bin ich genötigt auszuziehen. Ich hätte das Zimmer nicht gemietet, wenn mir das vorher mitgeteilt worden wäre. Diese Verpflichtungen gehören zur Hauptleistung, und deshalb ist mir der Rücktritt gemäss Artt. 122 ff. S. O. R. gestattet.[3]

5. Begriff der Teilleistung.

Den Fehler Cosacks, auch bei Verzug mit einer Nebenleistung die Rechte aus § 326 B. G. B. zu gewähren, vermeidet Makower dadurch, dass er einen solchen Verzug als Teilverzug betrachtet und dementsprechend die Bestimmungen über Teilverzug angewendet wissen will, also die §§ 326 Abs. 1 Satz 3, 325 Abs. 1 Satz 2. In der Tat scheint der Wortlaut dieser §§ Makower darin Recht zu geben, dass unter teilweiser Bewirkung der Leistung nicht blos eine teilweise Bewirkung der Menge nach zu verstehen sei. Makower beruft sich auf R. G. 56[152]: „Die Unterscheidung in der Bewirkung der teilweisen Leistung, je nachdem sie Erfüllung in der Hauptsache oder in einer Nebensache sei, ist dem B.G.B. fremd.“ Wenn man die Bestimmungen des B. G. B. §§ 320 ff. über die teilweise Erfüllung nur zur Anwendung bringen wollte, sofern es sich der Menge nach um Teilverzug handelt, würde es, sagt Makower, an einer gesetzlichen Festlegung der Folgen

[1] Vgl. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allg. Lehren S. 89 und Staub a. a. O. Anm. 168.

[2] Staub Anm. 168.

[3] Vgl. auch Art. 277 S. O. R.

über Verletzung einer Nebenverpflichtung vollständig fehlen.[1] Es fragt sich jedoch, ob die Bedeutung, welche Makower der teilweisen Erfüllung beimisst, dem Sinn des Gesetzes und namentlich dem Sprachgebrauch entspricht und ob die behauptete Lücke nicht durch einen auf § 276 B. G. B. ruhenden Schadenersatzanspruch ausgefüllt wird.[2] Dazu kommt, dass die Hauptleistung nicht notwendig eine einzige Leistung zum Inhalte hat. Schon das eine essentiale des Kaufes, die Verpflichtung des Verkäufers, besteht aus zwei Leistungen. Er ist verpflichtet zur Besitz- und zur Eigentumsverschaffung. Auch hier die Möglichkeit eines Teilverzuges anzunehmen, ist gekünstelt. Wenn der Verkäufer die Sache nicht „zu vollem Rechte und Genusse" übergibt (S. O. R. Art. 229), dann hat er eben seine Hauptverpflichtung nicht erfüllt. Von einem Teilverzug wird man hier nicht sprechen können. Dem vertragstreuen Kontrahenten müssen die Rechte aus § 326 B. G. B. gewährt werden, ohne Rücksicht darauf, ob die Voraussetzungen des Rücktritts wegen Teilverzuges vorliegen. Sie werden allerdings regelmässig vorhanden sein, denn Besitz ohne Eigentum oder Eigentum ohne Besitz ist für den Käufer wertlos. So kommt man also auf beiden Wegen zum nämlichen Resultat.

Ueberhaupt wird die Verschiedenheit der Ansichten über die Bedeutung des Teilverzuges sehr oft nicht eine Verschiedenheit der praktischen Folgen erzeugen. Wir haben gesehen, dass die Hauptleistung sich nicht notwendig mit dem Inhalte des essentiale negotii decken muss; sie kann grösser als dieses, kann auch Verpflichtungen umfassen, welche nicht im essentiale negotii enthalten sind, welche sich aber aus der Natur des Geschäfts oder durch Parteiverabredung ergeben. Kommt der Verpflichtete mit ihnen in Verzug, so hat der andere die Rechte aus § 326 B.G.B. bez. Art. 122 S.O.R. Nach Makower stehen ihm diese Rechte nur dann zu, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages kein Interesse für ihn hat. Diese Vor-

[1] Makower Kom. 1198

[2] Vgl. Staub § 347 Anm. 11.

aussetzung ist gewöhnlich erfüllt, da sonst die Verpflichtung nicht zur Hauptleistung gehören würde.[1] Dieses Kausalverhältnis zwischen mangelndem Interesse und dem Ausbleiben der zur Hauptverpflichtung gehörenden Nebenleistung besteht allerdings nicht immer. Das Interesse des § 325 B.G.B. ist nach objektivem Massstab zu beurteilen.[2] Nun können aber die Parteien eine Nebenverpflichtung, die an sich unwesentlich ist, durch Vereinbarung zur Hauptleistung rechnen. Dann ist das Ergebnis nicht das gleiche, ob man Staub oder Makower folgt.

Für das S.O.R. ist an Staubs Ansicht festzuhalten, dass teilweise Erfüllung nicht bedeute, es werde von zwei verschiedenartigen Verpflichtungen die eine erfüllt, sondern lediglich den Fall betreffe, dass eine Verpflichtung nicht quantitativ in vollem Masse, sondern nur zum Teil erfüllt wird.[3] Das S.O.R. enthält keine Bestimmungen über Teilverzug, und nur durch analoge Anwendung der Artt. über die Wandelung können die Fälle des Teilverzuges geregelt werden.[4] Da aber in Art. 255 S.O.R. nur von einzelnen Stücken, um deretwillen rücksichtlich des ganzen Vertrages Wandelung verlangt wird, die Rede ist, bleibt auch bei analoger Anwendung der Teilverzug beschränkt auf die Bedeutung, dass die Leistung in quantitativer Hinsicht nicht voll erfüllt wird.

Eine besondere Gruppe bildet Staub[5] aus jenen Verträgen, in denen mehrere Verpflichtungen als Hauptverpflichtungen erscheinen. Er nennt das ein gemischtes Geschäft. Der Verkäufer verpflichtet sich z. B., keinem Konkurrenten am Platze seines Käufers zu liefern. Man kann eine solche Verpflichtung ebenso gut eine Nebenverpflichtung nennen, die für den Vertrag wesentlich, also ein Teil der Hanptverpflichtung ist.[6] Es sind denn auch aus beiden Auffassungen die gleichen Folgen

[1] Vgl. S. 19.
[2] Vgl. unten § 4.
[3] Staub Exk. zu § 374 Anm. 163.
[4] Vgl. unten § 6.
[5] Staub Exk. zu § 374 Anm. 169.
[6] Vgl. oben S. 19.

abzuleiten. Ein Verzug mit einer solchen Verpflichtung bedeutet immer einen Verzug mit der Hauptleistung, und die Anwendbarkeit des § 326 B. G. B., resp. Art. 122 S. O. R. ist gegeben.

6. Mit dem Annahmeverzug kann sich ein Leistungsverzug verbinden.

Mit dem Annahmeverzug kann ein Leistungsverzug (Zahlungsverzug) verbunden sein, jedoch ist das nicht immer der Fall. Wenn der Kaufpreis im voraus bezahlt worden oder gestundet ist, kommt der Käufer, der die Ware zurückweist, nur in Annahme- nicht auch in Zahlungsverzug, denn seine Leistung ist bei der Uebergabe noch nicht fällig, resp. er hat schon geleistet.[1] Es fehlt also an einer Voraussetzung des Verzuges.[2] Nur der Schuldner einer verfallenen Forderung, z. B. bei Zug um Zug Leistung (Barkauf)[3], oder wo die Fälligkeit eine bestimmte Zeit nach der Leistung des Gläubigers eintreten soll (z. B. zahlbar 30 Tage nach Empfang der Ware)[4], nur in diesen Fällen setzt sich der Käufer durch Nichtannahme zugleich in Leistungsverzug, weil dadurch die Zahlung zum mindesten hinausgeschoben wird.[5] Und nur dann, wenn mit dem Annahmeverzug zugleich ein Zahlungsverzug verbunden ist, kann der Verkäufer zurücktreten.

Die zürcherischen Gerichte haben das so oft in unzweideutiger Weise ausgesprochen,[6] dass es befremdet, wenn

[1] Beim Pränumerandokauf.

[2] Dem Verkäufer stehen die Mittel der Artt. 106 ff. S. O. R. zur Verfügung.

[3] B. G. E. 28 II. 270. „Im Zahlungsverzug kann sich nur der Schuldner einer verfallenen Forderung befinden, und in diesem Falle befand sich die Beklagte in jenem Zeitpunkt nicht." Vgl. bez. dieses Urteils oben S. 14. Ebenso Z. B. J. V. 41 208.

[4] Bl. f. z. R. VI. 85.

[5] B. G. E. 32 II 457.

[6] Bl. f. z. R. I 66 „Es ist denn auch in der Doktrin durchaus anerkannt, dass die Weigerung des Käufers, die Ware zu beziehen, für sich allein

Meyer[7] behauptet, die schweizerische Praxis betrachte den Käufer hinsichtlich der Annahme als Schuldner.

Meyer vermischt was er trennen will. Er sagt: „Die schweizerische Praxis geht davon aus, dass hinsichtlich der Annahme der Käufer als Schuldner erscheine. Der Käufer, der die Annahme verweigert, verletzt den Lieferungsvertrag (H. E. VI 256). In dem Annahmeverzug liegt gleichzeitig ein Zahlungsverzug, denn in der Erklärung, nicht annehmen zu wollen, bekundet der Käufer den Willen, nicht zahlen zu wollen. Es ist daher der Käufer berechtigt, gemäss Art. 122 S. O. R. vorzugehen."

Meyer will beweisen, dass schon der Annahmeverzug allein Schuldnerverzug sei und den Verkäufer zum Rücktritt berechtige, und doch stützt er den Rücktritt auf den im Annahmeverzug liegenden Zahlungsverzug. Dass er zwischen Annahmeverzug und Zahlungsverzug unterscheidet und an jeden der beiden das Rücktrittsrecht knüpft, sagt er deutlich S. 80:

„Wir kommen also zu dem Resultat, dass die schweizerische Praxis die Annahmeverweigerung des Käufers als Leistungsverzug behandelt. Davon ist nun zu unterscheiden der Zahlungsverzug. Es kann der die Annahme Verweigernde wohl in Verzug der Annahme kommen, ohne dass er bezüglich der Kaufpreiszahlung in Verzug gerät, d. h. die Versetzung in Verzug der Annahme genügt nicht, um den Käufer auch in Zahlungsverzug zu setzen."

Ganz richtig, nur widerspricht sich damit M., da er unmittelbar vorher sagte, im Annahmeverzug liege gleichzeitig ein Zahlungsverzug. Weiter heisst es:

„Praktische Bedeutung hat dies insofern, als Art. 263 dem Verkäufer bei Zahlungsverzug des Käufers ein sofortiges

dem Käufer das Recht des Rücktritts noch nicht verschaffe. Anders verhält sich die Sache nun freilich, wo mit dem Annahmeverzug des Käufers ein Zahlungsverzug des letzteren konkurriert". Ebenso Bl. f. z. R. I 354, V 315, VI 84, VII 305.

[7] Meyer a. a. O. S. 79.

Rücktrittsrecht gewährt, d. h. es muss der Verkäufer die Vorschriften des Art. 122 nicht beobachten, während dies bei vorliegendem Annahmeverzug in der Regel der Fall ist."

Nein, der Annahmeverzug allein gibt nicht das Rücktrittsrecht, auch nicht nach Setzung einer Nachfrist und Androhung des Rücktritts. (Art. 122 S.O.R.)

Das B.G. hat sich nicht immer mit der wünschbaren Deutlichkeit ausgesprochen. Es hat in dieser Frage noch keinen sichern Boden gefunden. Oben[1] wurden zwei Urteile zitiert, in denen das B. G. den Rücktritt wegen Annahmeverzuges des Käufers gestattet, ohne dass des Zahlungverzuges erwähnt wird. In andern Entscheidungen stützt es das Rücktrittsrecht nicht auf den Annahmeverzug, sondern auf den in ihm liegenden Zahlungsverzug.

B. G. E. 20^{982}: „In der Erklärung des Käufers, nicht annehmen, liegt selbstverständlich auch die Erklärung, nicht zahlen zu wollen; es ist also nicht nur die Annahme der Ware, sondern auch die vertragsmässige Zahlungsleistung von vorneherein verweigert. Dem Verkäufer stehen daher nicht nur die Rechte aus dem Annahme-, sondern auch aus dem Zahlungsverzuge des Käufers zu; er ist also nicht nur berechtigt, auf Erfüllung des Vertrages (Abnahme der Ware und Zahlung des Kaufpreises) zu klagen, eventuell zum Selbsthülfeverkauf zu schreiten[2], sondern er kann auch nach Anleitung der Artt. 122 ff. S. O. R. vom Vertrage zurücktreten und bei Verschulden des Käufers Schadenersatz verlangen." 32 II^{457}: „Jede vertragswidrige Hinausschiebung der Annahme der Ware kam daher einer vertragswidrigen Hinausschiebung der Bezahlung gleich. Deshalb war der Verkäufer zum Rücktritt berechtigt."

De lege ferenda ist zu prüfen, ob es angebracht sei, auch dem Schuldner ein Rücktrittsrecht zu gewähren, wenn der Gläubiger im Annahmeverzug ist. Das S. O. R. kennt verschiedene Erfüllungssurrogate zu Gunsten des Schuldners, der

[1] B. G. E. 22^{1202}. Siehe oben S. 8. 28 II ^{270} Annahmeverweigerung. Siehe oben S. 14..

[2] Hier wird also indirekt wieder gesagt, der Annahmeverzug sei Gläubiger- nicht Schuldnerverzug. Vgl. ferner B. G. E. 21^{792}.

leisten will. Er kann aber nur bei einer Sachleistung davon Gebrauch machen. Handelt es sich z. B. um eine Arbeitsleistung, die der Gläubiger nicht annehmen will, dann bleibt ihm nichts übrig als auf Erfüllung und Schadenersatz zu klagen. Der Entwurf des revidierten S. O. R. gibt nun in Art. 1116 dem Schuldner ein Rücktrittsrecht wegen Verzugs des Gläubigers, sobald seine Verpflichtung auf eine andere als eine Sachleistung gerichtet ist.[1] Damit schliesst sich der Entwurf dem C.c. 1184 an, der freilich noch weiter geht, indem er gar nicht unterscheidet, ob der Gläubiger oder der Schuldner im Verzuge sei, sondern auch der Schuldner hat das Rücktrittsrecht beim Verzuge des Gläubigers, auch wenn es sich um eine Sachleistung handelt.

Durch Art. 1116 rev. S. O. R. ist auch im Gesetze deutlich ausgesprochen, dass Artt. 122 ff. nur bei Leistungsverzug gelten.

7. Ist Verzug auch bei den auf eine Unterlassung gerichteten Verpflichtungen möglich?

Als Beispiel von Nebenverpflichtungen, die in einem Vertrag vorkommen, nannten wir u. a. die Verpflichtung des Verkäufers, an keinen Konkurrenten des Käufers innerhalb eines bestimmten Bezirks zu liefern.[2]

Dort handelte es sich darum zu erforschen, welche Folgen die Verletzung einer Nebenverpflichtung als solchen nach sich ziehe. Die Verpflichtung selbst wurde nur auf ihre Wesentlichkeit geprüft, auf ihr Verhältnis zum ganzen Vertrag. Es wurde ausgeführt, dass bei Nichterfüllung der Nebenverpflichtung Art. 122 S. O. R. bez. § 326 B.G.B. Anwendung finde, wenn diese Nebenverpflichtung ein Bestandteil der Hauptleistung sei. Hier soll nun untersucht werden, ob bei Ver-

[1] Art. 1116 rev. S.O.R.: „Handelt es sich um Verpflichtungen zu einer andern als einer Sachleistung, so kann der Schuldner beim Verzug des Gläubigers vom Vertrage nach den Bestimmungen über den Verzug des Schuldners (1131—1134) zurücktreten."

[2] oben S. 17, 22.

pflichtungen — gleichgültig ob Neben- oder Hauptverpflichtung — die auf eine Unterlassung gehen, Verzug überhaupt möglich ist.

Die Meinungen sind sehr geteilt. Claparède[1] und Stammler bejahen die Frage, während Staub und Schollmeyer sie schlechtweg verneinen, wenn auch aus verschiedenen Gründen.

Stammler gibt folgendes Beispiel:

Ein Schriftsteller schloss mit einem benachbarten Schlossermeister einen Vertrag ab, wonach letzterer, wenn jener ihm 500 Mark gäbe, sich verpflichtete, zu bestimmten Stunden in seinem Hofe sein Gewerbe nicht zu betreiben. Das Geld wurde bezahlt; nach einiger Zeit hämmerte es drüben doch wieder gerade wie vordem."

Nach B. G. B. sei der Schuldner zu mahnen mit Ansetzung einer Frist. Nach fruchtlosem Ablauf sei Rücktritt gestattet.

So wird man auch nach S. O. R. verfahren dürfen. Es ist nicht einzusehen, warum hier ein Verzug ausgeschlossen sein soll. Nach meiner Ansicht ist die Frage, ob auch bei Unterlassungsverpflichtungen Verzug möglich ist, weder grundsätzlich zu bejahen, noch grundsätzlich zu verneinen. Die Gründe, welche Staub dafür anführt, dass in den Bestimmungen über die Folgen der Unmöglichkeit der Leistung und des Verzuges unter der Leistung nur eine positive Leistung zu verstehen sei[2], und nicht auch ein Unterlassen, sind namentlich mit Rücksicht auf § 241 B.G.B. nicht überzeugend. Auch Schollmeyers[3] Argumentation trifft den Nagel nicht auf den Kopf:

„Schuldverhältnisse auf ein Unterlassen fallen nicht unter die Vorschrift des § 284. Denn die Verletzung der Unterlassungspflicht führt Unmöglichkeit der Erfüllung herbei wie

[1] Claparède, Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzuge 1. Teil, S. 24: „Hienach stehen wir nicht an, auch bei den auf eine Unterlassung gerichteten Obligationen eine Verzugsmöglichkeit anzunehmen."

[2] Staub, die postitven Vertragsverletzungen S. 9, dagegen Makower a. a. O. 1176.

[3] Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse § 284, S. 123. Aehnlich Siber, zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht in Iherings Jahrb. Bd. 50 S. 180 ff. vgl. unten S. 29.

z. B. wenn sich jemand verpflichtet, eine kriminelle strafbare Handlung nicht zur Anzeige zu bringen oder über ein gewisses Ereignis in der Zeitung nicht zu berichten oder ein gewisses Grundstück nicht wieder zu betreten. Hier kann also von Erfüllungsverzug gar nicht die Rede sein, wohl aber von Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung. (§ 280).“

Es ist richtig, dass das Zuwiderhandeln gegen die Unterlassungspflicht gewöhnlich zur Unmöglichkeit der Leistung führt. Das trifft in den ersten beiden von Schollmeyer gegebenen Beispielen zu. Ferner, wenn ein Lieferant die in einem Kaufvertrage aufgenommene Klausel, an keinen Konkurrenten des Käufers am gleichen Platze dieselbe Ware zu verkaufen, verletzt.[1]

In solchen Fällen kann von Verzug nicht die Rede sein. Es liegt im Wesen des Verzuges, dass die Leistung nachgeholt werden kann, die Erfüllbarkeit der Leistung ist ein Merkmal des Verzugs.[2] Aber die Unmöglichkeit der Erfüllung ist nicht die notwendige Folge der Verletzung der Unterlassungspflicht. Mit Recht hebt Makower (S. 1175) hervor, die Leistung werde nicht deshalb unmöglich, weil ein Unterlassen zu dem bedungenen Zeitpunkt nicht mehr möglich sei, denn sonst müsste man auch bei den auf ein Tun gerichteten Leistungen eine Unmöglichkeit annehmen, wenn zu dem bedungenen Zeitpunkt nicht geleistet wird, m. a. W. die Unterscheidung von Unmöglichkeit und Verzug und damit § 326 B. G. B. wäre überflüssig.[3] Wenn der Schriftsteller den Vertrag am 1. Oktober auf ein Jahr abschloss und es ihm nur darum zu tun war, ein Jahr lang Ruhe zu haben, nicht darum, dass das Hämmern gerade vom 1. Oktober an aufhörte, so wird die Erfüllung des Vertrages nicht unmöglich, wenn der Schlosser wegen Überhäufung mit Arbeit während den betreffenden Stunden im Oktober noch

[1] Von diesem Standpunkt aus muss also die Anwendung des § 326 B.G.B. resp. Art. 122 S.O.R. untersagt werden, dagegen tritt hier § 325 B. G. B. in Kraft. Ebenso R. G. 54 [288]; angefochten von Staub pos. Vertr. S. 44.

[2] Vgl. Bl. f. z. R. VI S. 6. B. G. E. 32 II [535].

[3] Vgl. Staub, pos. Vertragsverletzung, S. 13, 42.

einige Tage hämmert. Der Vertrag läuft dann eben um diese paar Tage länger. Das gleiche gilt, wenn das Verbot, das Grundstück zu betreten, ein Jahr dauern sollte. Waren diese Verträge auf Lebenszeit geschlosssen resp. für so lange, bis sie wegen eines vom Unterlassungspflichtigen nicht zu vertretenden Umstandes unerfüllbar werden[1], dann liegt allerdings schon bei einmaligem Zuwiderhandeln teilweise Unmöglichkeit vor, denn diese teilweise Nichterfüllung, als welche die Verletzung sich darstellt, kann nie wieder nachgeholt werden. Ebenso, wenn der Beginn der Unterlassungspflicht, nicht blos ihre Dauer wesentliche Vertragsbestimmung ist.

Siber sagt[2], bei Dauerleistungen, die sich häufig als Unterlassungen darstellen, sei das Zeitmoment stets Individualisierungsmerkmal der Schuld. Die Leistung werde weder früher noch später geschuldet, vielmehr werde sie mit einer Zuwiderhandlung in dem Augenblick, wo sie allein bewirkt werden könnte, unmöglich. Meistens wird der Zeitbestimmung diese Bedeutung zukommen, aber möglicherweise ist sie nicht ausschliesslich, sondern soll nur angeben, zu welcher Zeit der Gläubiger die Unterlassung verlangen kann. Ohne Zeitbestimmung dürfte der Schuldner seine Leistung (Unterlassung) immer wieder hinausschieben. Der Gläubiger könnte seinen Anspruch nie geltend machen. Dass aber sein Recht auf die ursprüngliche Unterlassung untergehe, dass er eventuell nur noch Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen könne — als Folge des Unmöglichwerdens der Leistung —, weil der Schuldner seiner Verpflichtung nicht nachkommt, das war nicht der Zweck der Zeitbestimmung.

Von Unmöglichkeit der Erfüllung redet man dann, wenn die Unmöglichkeit eine absolute, d. h. wenn die Leistung überhaupt nicht mehr, auch nicht verspätet, bewirkt werden kann. Daran reiht sich der Fall, wo die Leistung als Erfüllung nicht mehr angenommen werden muss. Deshalb hat ein Zuwiderhandeln gegen eine fällige Unterlassungspflicht die Un-

[1] Der Schriftsteller wechselt die Wohnung.

[2] Siber a. a. O. S. 180 ff., 217.

möglichkeit der Unterlassungsleistung nur dann zur Folge, „wenn entweder durch die Zuwiderhandlung die bedungene Unterlassung nicht nur zu der bedungenen, sondern auch zu anderer Zeit unmöglich geworden ist, oder wenn nach den Umständen des Falles der bedungene Zeitpunkt der Unterlassung ein in so hohem Grade wesentlicher ist, dass eine Unterlassung zu anderer Zeit eine vollständig andere Leistung wäre als die im Vertrag bedungene".[1] Bald werden also § 325 B. G. B. resp. Artt. 110, 112 S.O.R.,[2] bald § 326 B. G. B. resp. Artt. 122 ff. S. O. R. zur Anwendung kommen, jedoch die Verzugsartikel immer nur dann, wenn die Unterlassungspflicht alleinige Hauptleistung ist oder zur Hauptleistung gehört. Weil die Bedeutung, welche Makower der teilweisen Nichterfüllung gibt, für das S.O.R. nicht brauchbar ist[3] und auch für B.G.B. zweifelhaft erscheint, können wir ihm darin nicht folgen, dass bei Unmöglichkeit oder Verzug einer auf Unterlassung gehenden Nebenverpflichtung die allgemeinen Lehren über Teilunmöglichkeit bez. Teilverzug gelten, sondern der Schuldner wird einfach schadenersatzpflichtig.

Befriedigend ist das Ergebnis für das S. O. R. nicht. Ob das Zuwiderhandeln gegen eine Unterlassungspflicht Unmöglichkeit der Erfüllung oder Verzug zur Folge hat, hängt von der Natur der Verpflichtung, nicht von ihrer Tragweite ab. Eine Verpflichtung, deren Verletzung Unmöglichkeit der Erfüllung bewirkt, kann für den Vertrag ebenso wesentlich sein wie eine solche, deren Verletzung Verzug begründet. Dennoch sind die Rechtsfolgen nicht die gleichen. In jenem Fall ist der Schuldner blos zu Schadenersatz verpflichtet[4], während

[1] Makower a. a. O. 1175.

[2] Art. 112 S.O.R.: „Wenn eine Verbindlichkeit darin besteht, etwas nicht zu tun, so wird derjenige, welcher ihr zuwiderhandelt, schon durch das blosse Zuwiderhandeln zum Schadenersatz verpflichtet. Auch kann der Gläubiger die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes verlangen und sich ermächtigen lassen, dieselbe auf Kosten des Schuldners vorzunehmen."

[3] Oben S. 22.

[4] Doch wird der Gläubiger, wenn die Verpflichtung auf Unterlassung die einzige Vertragsverpflichtung oder ein Teil der Hauptverpflichtung,

diese Vertragswidrigkeit dem Gläubiger das Recht verschafft, vom ganzen Vertrage zurückzutreten. Im B. G. B. ist dieser unerfreulichen Konsequenz dadurch vorgebeugt, dass der Gläubiger auch dann das Rücktrittsrecht hat, wenn die Leistung infolge eines Umstandes, den der Schuldner zu vertreten hat, unmöglich wird (§ 325 B.G.B.).

Die aufgeworfene Frage, ob auch bei den auf eine Unterlassung gerichteten Verpflichtungen Verzug möglich sei, ist von grosser Wichtigkeit. Ihre Verneinung sowie ein nicht hierher gehörender Tatbestand (es bewirkt jemand eine Leistung, aber fehlerhaft)[1], haben Staub veranlasst, den Begriff der positiven Vertragsverletzung aufzustellen, denn B. G. B. enthalte keine dem § 286 entsprechende Vorschrift für die zahlreichen Fälle, „in denen jemand eine Verbindlichkeit durch positives Tun verletzt."[2] Auch wenn man die gestellte Frage nicht grundsätzlich verneint, werden doch die wenigsten Fälle der Verletzung einer Unterlassungsverpflichtung unter die Verzugsregeln subsummiert werden können, da durch die Verletzung die Leistung meistens unmöglich wird. Aber das Bedürfnis, eine den Verzugsfolgen entsprechende Lösung zu finden, kann nicht geleugnet werden. Staub will die Lücke, welche nach seiner Ansicht auch im B.G.B. besteht, durch analoge Anwendung des § 326 B.G.B. ausfüllen. „Wer positive Rechtsverletzungsakte vornimmt, welche die Erreichung des Vertragszweckes gefährden, muss sich gefallen lassen, dass die Rechtsfolgen dieser Pflichtverletzungen ebenso beurteilt werden, wie die Pflichtverletzungen desjenigen, der durch sein negatives Verhalten, durch schuldhafte Verzögerung der geschuldeten Leistung die Erreichung der Vertragszwecke gefährdet."[3] Das R.G. ist in verschiedenen

d. h. für den Vertrag wesentlich ist, das Recht haben, Schadenersatz wegen nicht Erfüllung des ganzen Vertrages zu verlangen (vgl. unten § 7), da die Erfüllung des Vertrages überhaupt unmöglich geworden ist.

[1] vgl. unten § 12, Abs. 5.

[2] Staub, pos. Vertragsverletzung S. 5.

[3] Staub, pos. Vertragsverl. S. 23.

Entscheidungen Staub beigetreten.[1] Das B.G. hat zu dieser Frage noch nicht Stellung genommen, doch ist zu wünschen, dass es sich über eine Erscheinung von so grosser praktischer Bedeutung bald ausspricht.[2] In den Bl. f. z. R. 6[6] taucht das Problem einmal auf, doch wird es nicht gelöst. Nur wird hervorgehoben, dass, wenn man überhaupt die Artt. 122 ff. analog auf positive Vertragsverletzungen ausdehnen wolle, ein Rücktrittsrecht unter allen Umständen nur dann anerkannt werden dürfe, wenn die noch zu erfüllende Leistung für den Zurücktretenden nutzlos geworden sei.

So eng diese Lehre mit unserm Thema zusammenhängt, lassen doch auch wir dahingestellt, ob bei positiven Vertragsverletzungen die Artt. 122 ff. analoge Anwendung finden. Eine Untersuchung darüber würde über den Rahmen dieser Arbeit, welche nur den Rücktritt als Folge des Verzuges umfasst, hinausführen.

B. Die Voraussetzungen des Verzuges.

Nach Art. 117 S. O. R. sind die Voraussetzungen des Verzuges

1. Fälligkeit der Forderung.
2. Mahnung durch den Gläubiger.

1. Fälligkeit der Forderung.

„Fällig ist die Leistung dann, wenn ihre Entrichtung rechtlich verlangt werden kann.“[3] Wann dies der Fall ist, bestimmt sich durch den Vertrag, in welchem die Parteien die Fälligkeit nach Belieben festsetzen oder sich an das Ge-

[1] R. G. 54 [100], 57 [106] D. J. Z. 9[345].
[2] Vgl. unten § 2 B 1.
[3] Schollmeyer, a. a. O. § 284 S. 121.

setz halten. Ist die Forderung weder betagt noch bedingt, so wird sie mit ihrer Entstehung fällig.[1] Wo Zug um Zug zu leisten ist, hat der Schuldner gegenüber dem nicht erfüllenden Gläubiger die exceptio non adimpleti contractus. Durch diese Einrede wird am Bestand der Obligation nicht gerüttelt. Sie besteht unbedingt und selbständig. Aber die Geltendmachung des der Einrede entsprechenden Rechts auf der andern Seite kann von der Bedingung abhängig gemacht werden, dass die Gegenleistung gleichzeitig erfolge.[2]

Die Fälligkeit ist nicht abhängig vom Anerbieten der Gegenleistung und wird daher durch die blosse Zulässigkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht ausgeschlossen. Sind die gegenseitigen Verpflichtungen z. B. am 15. fällig, und liefert A auf Mahnung des B, ohne von B Zahlung zu erhalten, so hat er eine fällige Schuld getilgt. Aber trotz der Fälligkeit war er nicht verpflichtet zu leisten. Claparède drückt das so aus:[3] Die exceptio non adimpleti contractus tangiere nicht den rechtlichen Bestand der Forderung, nur gewähre die erfolgte Geltendmachung dem Debitor ein Mittel, den gegnerischen Angriff zu einer bedingten Zug um Zug Leistung, nicht aber zu einer Zug um Zug Forderung abzuschwächen. Es entspricht auch nicht der Billigkeit, die Fälligkeit erst dann eintreten zu lassen, wenn der eine Teil seine Leistung anbietet. Das könnte dem Verkäufer nachteilig werden, sofern der Käufer die Ware abholen muss.

Aus den Ausführungen ergibt sich die praktisch wichtige Folge, dass die Geltendmachung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages die Fälligkeit ausschliesst. Ob man sagt, sie schliesse die Fälligkeit und damit den Verzug aus, wie es im gemeinen

[1] Art. 86 S.O.R. § 271 B. G B. D. 45,1 l. 41 § 1. D. 50,17 l. 14, quod sine die debetur statim debetur.

[2] Vgl. Stammler a. a. O. S. 97, der an diesem Orte die Formel von Thon: Die rechtsverfolgende Einrede im Jahrb. f. Dogm. 28[53] zitiert: „Jeder Vertragschliessende ist zur Leistung verpflichtet, jedoch falls er es verlangt, nur gegen Gegenleistung.“ Vgl. B. G. B. § 322 S. O. R. Art. 95.

[3] Claparède a. a. O. S. 42.

Recht war,[1] oder die Einrede habe nur die Wirkung, dass sie zwar nicht gegen den Verzug, wohl aber gegen dessen Folgen schützt, läuft tatsächlich aufs gleiche hinaus. So lange A von B die Leistung nur verlangen darf, wenn er selbst leistet, ist die Leistung des B nicht fällig, sondern wird es erst im Momente, wo A zu leisten bereit ist. Deshalb erklärt Staub[2], bei Zug um Zug zu erfüllenden Verbindlichkeiten werde die Leistungspflicht desjenigen Teils fällig, an den die Gegenleistung bewirkt ist, oder der mit der Annahme der Gegenleistung im Verzuge ist. Die Fälligkeit wird also nicht immer durch die exc. n. a. c. ausgeschlossen, nämlich dann nicht, wenn der sie Vorschützende im Annahmeverzug ist.[3]

Die Fälligkeit ist immer Voraussetzung des Verzuges. Daran ändert nichts die bestimmte Erklärung des Schuldners, er werde am Verfalltage nicht leisten. Die Fälligkeit wird deshalb nicht früher herbeigeführt; auf sie und also auch auf den Verzug hat diese Erklärung gar keinen Einfluss. Wenn das B. G. dem Verkäufer den Rücktritt gestattet auf Grund der Annahmeverweigerung des Käufers, so ist das nur dann richtig, wenn die Leistung des Käufers fällig ist.[4] Dagegen berechtigt eine vor der Fälligkeit abgegebene Erklärung des Käufers, er werde am Lieferungstage die Ware nicht annehmen, den Verkäufer nicht zum Rücktritt,[5] auch nicht unter Fristsetzung, denn durch die Erklärung des Käufers wird seine Leistung nicht früher fällig, er kommt mithin noch nicht in Verzug.[6]

[1] Dernburg, Pand. II S. 110. Windscheid-Kipp, Pand. II S. 139, Anm. 1.

[2] Staub, Kommentar Exkurs zu § 374 Anm. 8.

[3] Auch der im Annahmeverzuge Befindliche erhält nach B. G. B. diese Einrede. B. G. B. § § 322,274 Abs. 2., Makower a. a. O. 1164.

[4] Vgl. oben S. 23.

[5] es sei denn, dass das B. G. in einer solchen Erklärung eine positive Vertragsverletzung erblickt (vgl. u. S. 38) u. auf diese die Artt. 122 ff. S.O.R. analog anwendet. Dann fällt aber der Gesichtspunkt des Verzuges ausser Betracht, und es darf nicht Verzug als Grund des Rücktritts angeführt werden.

[6] Ebenso Makower 1167: Daran müsse man aber festhalten, dass eine vor Fälligkeit erklärte Weigerung kein Vorrücken des Fälligkeitszeit-

Wenn der Vertragsgegner des sich Weigernden vorzuleisten hat, kommt dieser erst in Verzug, wenn jener leistet oder diesen in Annahmeverzug setzt.[1] Durch die Weigerung wird der andere Teil von der Erfüllungsbereitschaft nicht entbunden. Selbst der Annahmeverzug des Käufers, der zum voraus eine Annahmeverweigerungserklärung abgibt, tritt deshalb nicht früher ein.[2] Sie verschafft dem Verkäufer nur eine Erleichterung. Er muss jetzt nicht mehr realiter anbieten, sondern es genügt wörtliches Angebot (B. G. B. § 295).[3] Etwas ähnliches hat sich bei Schuldnerverzug herausgebildet: Nach Eintritt der Verfallzeit kommt der Schuldner in Verzug, ohne dass der Gläubiger mahnt. Auch wird eine Fristsetzung überflüssig.[4] Es muss aber zur Zeit der Fälligkeit feststehen, dass der Schuldner bei seiner Weigerung beharrt.

Ebenso ist die Rücktrittserklärung, mit welcher der Gläubiger auf die Erfüllungsverweigerung des Schuldners antwortet, auch wenn dies vor der Fälligkeit geschieht, gültig,[3] ja für den Erklärenden sogar bindend, dagegen nicht für den Schuldner, denn der Gläubiger übt dadurch sein Recht verfrüht aus, und das muss sich der Schuldner nicht gefallen lassen, sofern ihm daraus

punktes und mithin kein Vorrücken des Verzugsbeginns bewirke. Staub Exk. zu § 374 Anm. 26, 84, 86: Die vor der Fälligkeit abgegene Erfüllungsverweigerung führe die Fälligkeit nicht vorzeitig herbei. Bl. f. z. R. 7 134. „Dagegen kann die betreffende Erklärung" (den Vertrag nicht erfüllen zu wollen) „keineswegs etwa den Verzug in der Erfüllung der durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen ersetzen, vielmehr ist nach der klaren Vorschrift des zitierten Art. 122 S. O. R. die notwendige Voraussetzung des Vertragsrücktritts, dass sich der Gegenkontrahent bereits in Leistungsverzug befinde". Insbes. B.G.E. 23 1789. vgl. unten S. 38 Anm. 3. R.O.H.G. 20 19, R. G. 52 152.

[1] Makower 1167, R. G. 20 VI 02 J. W. Beil. 252 161.

[2] Makower 1166.

[3] Bolze 4 Nr. 726, Staub a. a. O. Anm. 63. R. G. 15 66, 4 71, 5 103, 7 44 B. G. E. 20 981.

[4] Staub Exk. zu § 374 Anm. 7 u. 51, 16. Makower S. 1143. Das R. G. sagt, in bestimmter Erfüllungsverweigerung liege ein Verzicht auf Mahnung und Fristsetzung. R. G. 51 350, 52 151, 53 13, 165, 54 359 389, 56 233, 57 113, J. W. 02, 29 23. Bl. f. z. R. 5 326, 6 85, 7 134, B. G. E. 14 108, 19 903, 21 535, 729, 792. 22, 515, 1203, 32 II 269, 458. Z. b. J. V. 32 86.

Schaden entspringt. Zieht der Gläubiger sogleich die Konsequenzen aus seiner Erklärung, so tut er das auf seine Gefahr. Nimmt er als Käufer einen Deckungskauf vor, dann kann er nicht hindern, dass der Verkäufer, der sich eines Bessern besonnen hat, am Lieferungstage die Ware anbietet. Er muss sie annehmen, denn der Verkäufer ist bis zum Ablaufe der Lieferungszeit, d. h. bis zum Eintritt des Verzuges berechtigt, durch Erfüllung alle Verzugsfolgen von sich abzuwälzen.[1] Selbst wenn der Verkäufer nicht liefert, kann der vorzeitg erfolgte Deckungskauf dem Käufer unter Umständen schaden. Weist der Verkäufer nach, dass am Schlusse der Lieferungszeit die Ware billiger hätte gekauft werden können, dann kann er verlangen, dass bei Berechnung des Schadenersatzes nicht der Preis des Deckungskaufes, sondern der niederere Preis bei Beginn des Verzugs zu Grunde gelegt werde. Es kann jedoch auch im Interesse des säumigen Verkäufers liegen, wenn der Käufer den Deckungskauf so bald wie möglich vornimmt, z. B. die Preise steigen stark, oder der Käufer hat sich, gestützt auf seine Kaufabschlüsse, seinerseits wieder verpflichtet zur Lieferung, und aus nicht pünktlicher Erfüllung erwachsen gegen ihn Schadenersatzansprüche. Es ist nicht ausgeschlossen, dass dieser Schadenersatz in letzter Linie von demjenigen getragen werden müsste, der ihn verschuldet hat, d. h. vom erstgenannten Verkäufer. Einfacher wäre die Lösung, wenn bei Vorliegen von „aussergewöhnlichen Umständen" der Gläubiger den Vertrag schon vor der Fälligkeit endgültig lösen könnte. Staub versagt denn auch dem sich Weigernden, die Erfüllung nachzuholen, „wenn die Umstände ein besonderes Interesse des vertragstreuen Teils dartun, dass er die Ware vor der Fälligkeit verschaffe."[2] Dann ist aber der gesetzlichen Vorschrift, dass der Schuldner im Verzuge sein müsse, nicht Genüge geleistet.

[1] besonders R.G. 52 154: „Zwar blieb dem Kläger offen, durch Erfüllung während der noch laufenden Lieferungszeit den Schadenersatz wegen Nichterfüllung abzuwenden, und es wäre für diesen Fall der Deckungskauf vom 22. VIII. auf Gefahr des Beklagten ergangen und für den Kläger an sich ohne Bedeutung gewesen." Ferner Staub Exk. zu § 374 Anm. 69.

[2] Staub Exk. zu § 374 Anm. 86.

Eine Erfüllungsweigerung liegt nicht blos in der bestimmten Erklärung, die Ware nicht liefern resp. nicht annehmen zu wollen, sondern sie kann z. B. auch in einer ausweichenden Antwort bestehen, besonders wenn die Antwort unstatthafte Bedingungen an die Erfüllung knüpft.[1] Es genügt auch, wenn die Weigerung sich nur auf einen wesentlichen Teil des Vertrages bezieht, z. B. der Käufer weigert sich abzurufen, obwohl der Abruf in concreto eine Hauptverpflichtung des Käufers ist oder der Verkäufer will nur in Raten liefern, während er nach dem Vertrage durch einmalige Lieferung erfüllen sollte.[2]

Wenn auch die vor der Fälligkeit abgegebene Erfüllungsverweigerung den vertragstreuen Teil nicht zum Rücktritt berechtigt, so ist es doch unrichtig, angesichts der feststehenden Praxis, dass Mahnung und Fristsetzung überflüssig werden, diese Erfüllungsverweigerung rechtlich bedeutungslos zu nennen. Sie vermag zwar die Fälligkeit und damit den Verzug nicht vorzeitig herbeizuführen, aber die Befreiung von der Mahnungs- und Fristsetzungspflicht ist doch auch eine rechtliche Wirkung. Es ist sogar möglich, dass sie dem Schuldner Nachteil bringt. Wie schon betont, nicht die Erklärung schlechthin schadet ihm, aber sie kann dem Gläubiger Schaden bringen, und für diesen Schaden wird der Schuldner haften müssen. Es bedeutet gewiss einen Verstoss gegen die bona fides, wenn jemand, nachdem er einen Vertrag geschlossen hat, erklärt, er werde ihn nicht halten und am Erfüllungstage dennoch leistet. Aber daraus lässt sich kaum die Schadenersatzpflicht herleiten. Es gibt keinen allgemeinen Rechtssatz, dass, wer gegen die bona fides handelt, schadenersatzpflichtig wird, und dennoch entspricht es der Billigkeit, wenn der sich Weigernde den Schaden trägt, denn er hat ihn verschuldet. Der Käufer hat

[1] Bl. f. z. R. 5^{241}, J. W. 03. Beil 139^{305}.

[2] Staub Exk. zu § 374 Anm. 84, R. G. 61^{88}.

im Vertrauen auf die Weigerung des Verkäufers sich anderswo für einen höheren Preis gedeckt und wollte bei Verzugseintritt von seinen Rechten Gebrauch machen. Zu seinem Erstaunen liefert der Verkäufer am Fälligkeitstage.

Staub [1] sagt nun, in der vorzeitigen Erfüllungsverweigerung, in der Ankündigung der Vertragsuntreue liege selbst eine Vertragsuntreue, und die Folgen dieser Vertragswidrigkeit müsse der Schuldner tragen. Es gelte der Grundsatz, dass, wo die Rechtsfolgen der Haftung für Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht anders geregelt sind, diese Haftung jedenfalls in der Verpflichtung zum Schadenersatze besteht. Das R. G. ist Staub gefolgt, ja es ist noch weiter gegangen. In der bestimmten Erfüllungsverweigerung oder in der Erklärung, man annulliere den Vertrag, man trete vom ganzen Vertrage zurück, der Vertrag sei nicht zustande gekommen u. s. w. erblickt es eine positive Vertragsverletzung, welche den Gläubiger zum sofortigen Rücktritt berechtige.[2]

Ob diese Lösung richtig ist, insbesondere ob eine derartige Äusserung eine positive Vertragsverletzung darstelle, soll hier nicht untersucht werden. Jedenfalls ist der Schutz, den die unmittelbare Anwendung der Artt. 122 ff. S. O. R. bez. § 326 B. G. B. gegenüber solchen Erklärungen gewährt, ein ungenügender. Wenn das in der schweizerischen Praxis bisher nicht empfunden wurde, so hat das seinen Grund darin, dass man an dem Erfordernis des Verzuges nicht immer streng genug festhielt.[3]

[1] Staub Exk. zu § 374 Anm. 86.

[2] R. G. 57 [108], abgedruckt in D. J. Z. 9 [342].

[3] Das Motiv der ungenügenden Beobachtung dieses Erfordernisses ist die Erkenntnis, dass man bei bestimmter Erfüllungsverweigerung des einen Teils dem andern nicht zumuten kann, den Fälligkeitstermin abzuwarten. Dass das B.G. in solchen Fällen von der Notwendigkeit eines sofortigen Rücktrittsrechts überzeugt ist, spricht es dort aus, wo es trotz Erfüllungsverweigerung die Fälligkeit nicht früher eintreten lässt, wo also

2. Mahnung.

Der Gläubiger muss den Schuldner mahnen[1], bez. dessen gesetzlichen Vertreter.. Die Mahnung sei die justa causa propter quam debitor intellegere debet se dare oportere.[2]

Die Mahnung ist eine formlose empfangsbedürftige Willenserklärung (B.G.B. §§ 130—132). Durch die Mahnung soll der Schuldner nicht blos daran erinnert werden, dass er etwas schuldig sei, sondern die Mahnung ist eine Zahlungsaufforderung. Deshalb ist die kräftigste Form der Mahnung die Klageerhebung oder die Zustellung eines Zahlungsbefehls. (B.G.B. § 284). Sie muss nicht durch Vermittlung des Gerichts erfolgen wie im französischen Recht. Die Zusendung einer Quittung genügt, dagegen nicht einer Rechnung, weil dadurch der Schuldner nicht ausdrücklich aufgefordert wird zu zahlen.

Nach B.G.B. § 284 kann die Mahnung erst nach der Fälligkeit erfolgen. Dieses Erfordernis liegt aber nicht im Zwecke der Mahnung, ist auch geschichtlich nicht begründet. Nach römischem und gemeinem Recht musste zu passender Zeit gemahnt werden. Das ist nicht identisch mit dem Erfüllungstage.[3] Auch eine vor der Fälligkeit ergehende Mahnung war gültig, sofern darin Zahlung nach der Fällig-

der Gläubiger nicht wegen Schuldnerverzuges zurückzutreten berechtigt ist:

B.G.E. 23 1789. „Mais alors même qu'un débiteur déclare d'une manière positive qu'il ne remplira pas son engagement, il ne se place pas par ce seul fait en état de demeure, aussi longtemps que cet engagement n'est pas échu. (vgl. S. 34, Anm. 6.) C'est en ce sens seulement que l'on doit admettre que la simple déclaration du débiteur qu'il ne remplira pas son obligation suffit pour autoriser le créancier à résilier le contrat."

[1] B.G.B. § 284, S.O.R. Art. 117. D 22, 1 1 32 mora fieri intellegitur non ex re sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit.

Paulus R. S. III 8 § 4 mora autem fieri videtur cum postulanti non datur.

[2] vgl. Claparède a. a. O., D 12, 1 1 5.

[3] Dernburg, Pandekten II 111, Brinz, Pandekten II 293.

keit verlangt wurde.[1] Das muss auch für das S.O.R. gelten. Aus der Fassung von Art. 117 Abs. 1 ist nur zu ersehen, dass Fälligkeit eine Voraussetzung des Verzuges ist.[2] Dass nur eine Mahnung nach der Fälligkeit gültig sei, enthält Art. 117 Abs. 1 nicht. Er regelt nur die Voraussetzungen des Verzuges, nicht auch deren zeitliches Verhältnis. Wenn man eine vor Eintritt des Verzuges gesetzte Nachfrist für zulässig erklärt,[3] muss auch die vor der Fälligkeit erfolgte Mahnung gültig sein. Weder der Gesetzestext noch ein innerer Grund würden eine ungleiche Behandlung rechtfertigen. Wir wollen die einengende Vorschrift des B.G.B., dass die Mahnung erst nach der Fälligkeit geschehen dürfe, nicht ins S.O.R. hineintragen, sondern uns freuen, dass unser Gesetz diesen Spielraum gewährt. Das B.G. scheint diese freiere Auslegung zu vertreten. In B.G.E. 29 II[264] wird die Nachfrist vor der Fälligkeit gesetzt. Durch diese Handlung ist der Schuldner zugleich gemahnt worden. Fällig war die Leistung am 16. V., Fristsetzung und Mahnung erfolgten schon am 10. V.[4]

Die Mahnung ist eben nicht, wie viele Schriftsteller[5] behaupten, eine Aufforderung zu sofortiger Leistung. Mit Recht bemerkt Claparède[6]: „Es ist nicht gesagt, dass die Interpellation notwendig als eine Aufforderung zur sofortigen Erfüllung zu definieren sei. A priori ist dies keineswegs aus dem Zweck derselben zu folgern. Der Interpellant will lediglich den Leistungszeitpunkt festlegen, die rechtzeitige Erfüllung zur Rechtspflicht erheben, mag dies in concreto — tacite — auf eine umgehende Leistung abgestellt sein oder nicht." Und Seite 105: „Hingegen vermögen wir nicht einzusehen, wieso eine vorzeitige, aber auf die Fälligkeit ab-

[1] Dernburg a. a. O. Anm. 6.

[2] Art. 117 Abs. 1. „Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt."

[3] s. unten § 5.

[4] vgl. unten § 5.

[5] Schollmeyer a. a. O. S. 122.

[6] Claparède a. a. O. S. 84.

gestellte Interpellation unter Umständen nicht voll wirksam sein sollte."

Wenn auch nach B. G. B. § 284 eine solche Mahnung ungültig ist, so verbietet es doch nicht eine Mahnung des Inhaltes, dass zu einer spätern Zeit geleistet werde.[1] Auch ist eine Mahnung in dem Momente möglich, wo die Leistung fällig wird.[2] Dieselbe Handlung, welche die Fälligkeit herbeiführt, kann auch die Mahnung bewirken. Wenn der Kaufpreis durch Anbieten der Ware seitens des Verkäufers fällig wird, so liegt in dem Anbieten zugleich eine Mahnung.

Die Mahnung muss richtig sein auch inbezug auf den Ort und den geschuldeten Gegenstand. Jedoch nimmt Planck[3] diese Erfordernisse zu streng, wenn er an dem Nichterfüllen immer Ungültigkeit der Mahnung knüpft. Man wird hier ein gewisses Mass von Freiheit gestatten müssen. Verlangt z. B. der Gläubiger mehr als die Forderung beträgt, der Schuldner weiss aber, dass jener dies nur aus Irrtum tut, dann wird er sich nicht darauf berufen können, der Gläubiger habe ihn nicht an seine Schuld gemahnt. Man muss auf Treu und Glauben abstellen. Nur dann tritt Verzug nicht ein, wenn der Gläubiger auf der Zuvielforderung beharrt, die Annahme der wirklich geschuldeten Leistung als Erfüllung verweigert.[4]

In Absatz 2 des Art. 117 S. O. R. ist wie in B. G. B. § 284 Abs. 2 der Satz aufgenommen worden: dies interpellat pro homine. Die Mahnung wird auch dadurch überflüssig, dass der Schuldner zum Voraus erklärt, er werde nicht leisten.[5]

[1] Staub, Exk. zu § 374 Anm. 15, Makower a. a. O. 1179, Dernburg B.R. II[151].

[2] Staub a. a. O. Anm. 15.

[3] Plank, Bürgerliches Gesetzbuch S. 60. „Die Mahnung muss auf Leistung an demjenigen Ort gehen, an welchem der Schuldner zu leisten verpflichtet ist. Die Mahnung zur Leistung an einem andern Ort ist ebenso unwirksam als die Mahnung zur Leistung eines andern als des geschuldeten Gegenstandes." So in der 1. und 2. Auflage. Dagegen dem Text nahestehend in der 3. Auflage S. 92.

[4] vgl. Dernburg B.R. II[153] u. Pandekten II[110] Anm. 5.

[5] vgl. oben S. 35.

3. Verschulden.

Der gemeinrechtliche Streit, ob Verzug ein Verschulden zur Voraussetzung habe, ist im B.G.B. verschwunden:

B. G. B. § 285: „Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat."

Welche Umstände der Schuldner im einzelnen vertreten muss, ist eine Frage des positiven Rechts. Sie sind nicht immer identisch mit denjenigen, welche er verschuldet hat; so nicht im Falle B. G. B. §§ 278, 279.

Im S. O. R. fehlt eine dem § 285 B. G. B. entsprechende Bestimmung. Darf man aus dem Schweigen des Gesetzes schliessen, dass nach dem S. O. R. der Schuldner unabhängig von solchen Umständen in Verzug kommt, und dass auf das Verschulden keine Rücksicht genommen wird?

Die Frage, ob das S. O. R. auch unverschuldeten Verzug kenne, ist von Bedeutung für das Rücktrittsrecht, und sie muss deshalb an dieser Stelle geprüft werden.

Artt. 110 ff. tragen die Überschrift: Folgen der Nichterfüllung. Art. 110 lautet:

„Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner Schadenersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle." Nun kann Verzug definiert werden als nicht richtige Erfüllung in Hinsicht auf die Zeit, es ist also ein Spezialfall der nicht richtigen Erfüllung. Daher müssen die allgemeinen Regeln der Artt. 110 ff. auch auf den Verzug Anwendung finden. Regelmässig wird im S.O.R. nur für Verschulden gehaftet (Ausnahme z. B. Art. 115). Art. 110 sagt das ausdrücklich. Dieser Grundsatz ist bei der Verzugslehre nicht durchbrochen worden. Klagt der Gläubiger gegen den säumigen Schuldner auf Erfüllung und Schadenersatz wegen der Verspätung, so muss ihn der Schuldner nicht leisten, wenn er beweist, dass der Verzug ohne sein Verschulden eingetreten sei. Dieses Verschulden ist allerdings sehr streng aufzufassen. Es ist zu beachten, dass Art. 110 sagt,

„sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle“ und nicht blos kein Verschulden. „Das Beweisthema des Schuldners geht demnach nicht etwa blos dahin, dass er weder arglistig noch fahrlässig gehandelt habe, sondern“ — wie Haberstich[1] sich ausdrückt — „dahin, dass ihm die Nichterfüllung nach keiner Richtung zum Vorwurf gemacht werden kann. Der Schuldner muss mit andern Worten den positiven Nachweis von Tatsachen erbringen, aus denen sich ergibt, dass die Nichterfüllung bez. nicht gehörige Erfüllung seiner Verpflichtung auf Ursachen zurückzuführen ist, welche ausserhalb seiner Person und seiner Willensmacht liegen, d. h. auf Zufall, höhere Gewalt oder Verschulden des Gläubigers.“[2]

Nach Art. 118 S. O. R. haftet der im Verzuge befindliche Schuldner für Zufall. Aber auch hier kann er sich befreien durch den Nachweis seiner Nichtschuld am Verzuge. Auch hier ist diese Exkulpationsmöglichkeit gegeben, um das Prinzip der Verschuldenshaftung nicht umzustossen. Wenn auch in Art. 118 Zufallshaftung statuiert ist, so hat der Schuldner den Schaden, für den er haften muss, doch verursacht, da der Schaden nicht eingetreten wäre, wenn sich der Schuldner nicht hätte in Verzug bringen lassen. Wäre trotzdem ein Schaden entstanden, dann wird der Schuldner frei gerade so gut, wie wenn er beweist, dass er ohne Verschulden in in Verzug gekommen sei. Wenn auch der Kausalzusammenhang zwischen verschuldetem Verzug und Untergang fehlt, so besteht er doch zwischen verschuldetem Verzug und der Haftung, und darauf kommt es an. Nicht weil die Sache untergegangen ist, muss der Schuldner Schadenersatz leisten, sondern weil er den Verzug verschuldet hat. Daraus folgt, dass der Schuldner auch dann schadenersatzpflichtig ist, wenn die Sache nicht untergeht. Dies ist, wie wir gesehen haben, der Fall. Der Gläubiger kann auf Erfüllung und Schadenersatz

[1] Haberstich, Handbuch des schweizerischen S.O.R. I 225.

[2] vgl. auch Z. b. J. V. 41 603, B.G.E. 28 II 253.

klagen wegen Verspätung, wenn den Schuldner ein Verschulden am Verzuge trifft.

Wenn bisher hervorgehoben wurde, dass der im Verzug befindliche Schuldner nicht unbedingt haftet, sondern unter den vorhin bezeichneten Voraussetzungen von Haftung frei ist, so bezieht sich das nur auf den Gefahrsübergang und die Schadenersatzpflicht.[1] Für andere Wirkungen sowie für den Begriff des Verzuges selbst gilt das Gesagte nicht. Das Verschulden ist nicht Voraussetzung des Verzuges. Es ist in Art. 117 nicht erwähnt. Aus Art. 118 Abs. 2 geht deutlich hervor, dass es nach S. O. R. auch unverschuldeten Verzug gibt. Die blosse Tatsache der nicht rechtzeitigen Erfüllung begründet Verzug. Ein besonderes Verschulden muss nicht dazu kommen.[2] Dass das S. O. R. von dem Erfordernis des Verschuldens absieht, geht auch daraus hervor, dass es gewisse Folgen eintreten lässt, ohne von einem Verschulden zu reden (Artt. 119, 122), während es andere vom Verschulden abhängig macht (Artt. 121, 124, 125). Wer mit der Zahlung einer Geldschuld sich im Verzuge befindet, kann sich nicht durch Mangel an Zahlungsmitteln entschuldigen, sondern muss Verzugszinsen zahlen (S. O. R. Art. 119, B. G. B. § 288 Abs. 1) und auch für etwaigen weiteren Schaden aufkommen, sofern ihm ein Verschulden nachgewiesen wird. Vgl. S. O. R. Art. 122 mit B. G. B. § 288 Abs. 2.

Geld ist als Genussache immer vorhanden: genus perire non censetur.[3] Diesen Satz haben schon die Römer gekannt, und er muss in unserm Zeitalter des Geldverkehrs erst recht Gültigkeit haben. Aber möglich ist, dass der Schuldner infolge Krankheit oder anderweitigen Unglücks ohne Verschulden ausser stande

[1] Hafner, Kommentar zum S.O.R. Art. 118, Note 2.

[2] Vgl. Haberstich a. a. O. I 231. Rossel, manuel du droit fédéral des obligations: zu Art. 117: „La demeure est une faute sui generis consistant dans le retard apporté à l'exécution de l'obligation et l'art. 117 de notre code est conçu de telle sorte que tout défaut d'exécution à l'échéance implique, nécessairement et par lui-même, la demeure du débiteur.

[3] Vgl. B. G. B. § 279.

ist, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Dann bedeutet Art. 119 eine Ausnahme von der Verschuldenshaftung.

Uns interessiert namentlich Art. 122. Die gewöhnliche Folge der Nichterfüllung ist Schadenersatzpflicht. Von ihr handeln Artt. 110 ff. In Artt. 122 ff. ist die Rede vom Rücktrittsrecht als Folge des Verzuges. Ist das auch Schadenersatz? Natürlich soll durch die Möglichkeit des Rücktritts der Gläubiger schadlos gehalten werden. Dieser Rücktritt ist aber nicht Schadenersatz im Sinne des Art. 110. Hier wird der Schuldner zu einer Leistung, einem facere, verpflichtet („so hat der Schuldner Schadenersatz zu leisten"), und nur das nennt man Schadenersatz im technischen Sinne. Der Rücktritt des Gläubigers dagegen verpflichtet den Schuldner zu einem non facere, zu einem nicht Geltendmachen des Vertrages.[1] Da das Rücktrittsrecht nicht unter den Schadenersatz des Art. 110 fällt und Verschulden nicht eine Voraussetzung des Verzuges ist, wird das Rücktrittsrecht des Gläubigers nicht durch ein Verschulden des Schuldners bedingt.[2]

§ 3. Das Fixgeschäft.

Das römische und das gemeine Recht kannten kein gesetzliches Rücktrittsrecht des Gläubigers wegen Schuldnerverzuges.[3] Nur wenn infolge veränderter Umstände oder der Natur des Geschäfts die Aufrechterhaltung des Vertrages der

[1] Ausserdem zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen (vgl. unten § 11), jedoch ist auch das nicht Schadensersatz (vgl. unten § 10 Ziff. 2).

[2] Ebenso Schneider und Frick, Kommentar zum S. O. R. zu Art. 122 Hafner, Kommentar Art. 122 Note 4. Rossel a. a. O. S. 181: „Ces dispositions légales 122, 123, 125, s'appliquent indépendamment de toute faute du débiteur par le seul motif que ce dernier est constitué en demeure et même s'il y avait force majeure."

[3] Doch konnte derjenige, welcher aus einem Innominatkontrakt geleistet hatte, seine Leistung mit der condictio causa data causa non secuta zurückfordern, wenn die Gegenleistung ausblieb. Dernburg, Pandekten II [19].

Billigkeit widersprach, wurde etwa der Rücktritt gestattet.[1] So hatte der Mieter ein Rücktrittsrecht, wenn der Vermieter nicht rechtzeitig leistete.[2] Durch die lex commissoria behielt sich der Verkäufer oft das Rücktrittsrecht vor für den Fall, dass der Käufer den Kaufpreis nicht rechtzeitig zahlte.[3] Spuren der lex commissoria finden sich auch in den alten deutschen Stadtrechten.[4] Zur Bedeutung gelangte das Rücktrittsrecht erst im Code civil. Hier wird in Art. 1184 die Auffassung vertreten, dass jeder zweiseitige Vertrag unter einer auflösenden Bedingung geschlossen werde für den Fall der Nichterfüllung seitens eines der beiden Kontrahenten.

Nach dem S. O. R. wird das Rücktrittsrecht verliehen allgemein als Folge des Verzuges. Ist das auch beim Fixgeschäft möglich? Wenn der Schuldner am festgesetzten Tage, dem Stichtage, nicht leistet und der Gläubiger trotzdem Erfüllung verlangt, dann kommt jener zwar in Verzug, aber das Geschäft hört auf, ein Fixgeschäft zu sein, und der Termin hat nur noch die Bedeutung eines Verfalltages (Art. 117 Abs. 2)[5].

Das Fixgeschäft hat sich in ein Mahngeschäft verwandelt, und der Gläubiger kann nur auf dem Umweg von Art. 122 zurücktreten. Beim Fixgeschäft gibt es keinen Verzug. Schon der Begriff des Verzuges führt zu diesem Resultat, denn „liegt in dem technischen Verzuge eine von dem Schuldner zu prästierende, in Ansehung der Zeit teilweise Leistungsunmöglichkeit vor, so sollte grundsätzlich bei denjenigen Obligationen, deren Erfüllungszeit von so wesentlicher Tragweite, deren Leistungsinhalt mit dem Vertrags-

[1] Dernburg, Pandekten II 117.

[2] Dernburg a. a. O. II 304, D. 19,2 1 24 § 4.

[3] Dernburg II 261.

[4] Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht III 302.

[5] Vgl. Z. b. J. V. 39 541: „Wenn sich bei Nichteinhaltung des Stichtages aus dem Verhalten des Käufers (z. B. er mahnt den Verkäufer) mit genügender Wahrscheinlichkeit ergibt, dass derselbe an Stelle des Fixtermins eine gewöhnliche Lieferfrist setzen will, so darf jene Rechtsvermutung (die Vermutung, es liege ein Fixgeschäft vor) unbedenklich als dahingefallen betrachtet werden.“ Bl. f. z. R. 5 116. B. G. E. 26 II 123.

termin derartig verknüpft ist, dass dieser mit jenem steht und fällt,[1] ein Verzug begrifflich ausgeschlossen sein."[2]

Wirklich ist auch B.G.B. § 361, der vom Fixgeschäft handelt, nicht an § 326 gereiht, der die Verzugsfolgen regelt, obgleich auch § 361 nur für gegenseitige Verträge gilt.[3] § 361 B.G.B. vermeidet es, von Verzug zu reden. Das S. O. R. hat diesen feinen Unterschied erkannt, aber nicht immer durchgeführt. Die Artt. 123 und 234 kommen in Betracht. Während Art. 123 das Wort Verzug nicht enthält, findet es sich in Art. 234.[4] Entsprechend dem § 361 B.G.B. und § 376 H. G. B. ist in Art. 123 S. O. R. Rücktrittsvoraussetzung Nichterfüllung zur oder bis zur bestimmten Zeit, in Art. 234 Verzug. Ein praktischer Unterschied besteht nicht. Die Voraussetzungen, unter welchen der Rücktritt gestattet ist, sind tatsächlich dieselben. Mit Rücksicht auf Art. 234 S.O.R. und wegen desselben praktischen Ergebnisses nennen wir im folgenden die nicht richtige zeitliche Erfüllung auch beim Fixgeschäft Verzug. Die Voraussetzungen des Rücktritts nach Art. 123 S.O.R. sind somit

zweiseitiger Vertrag:

Verzug des Schuldners, und zwar kommt er in Verzug gemäss Art. 117 Abs. 2 S.O.R. Eine Mahnung ist nicht mehr nötig. Wenn die Leistung innert bestimmter Frist erfolgen soll, dann ist Verfalltag im Sinne des Art. 117 Abs. 2 der letzte Tag der vereinbarten Frist. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, dann kann der Gläubiger ohne weiteres vom Vertrage zurücktreten, d. h. ohne eine Frist zu setzen und ohne den Rücktritt anzudrohen.[5] Aber er muss den Rücktritt erklären.

[1] Sollte wohl heissen: dass jener mit diesem steht und fällt.

[2] Claparède a. a. O. S. 19.

[3] Im 5. Titel steht der § 361, weil das in ihm vorgesehene Rücktrittsrecht ein vertragliches ist.

[4] Ebenso in H. G. B. § 376.

[5] Doch kommt es vor, dass Usancen Respekttage vorschreiben. So enthalten die Zürcher Platz-Usancen für den Handel mit roher Seide (31. Januar 1897) in § 28 Satz 3 die Klausel: Ist die Lieferungsfrist nicht auf einen bestimmten Lieferungstag festgesetzt, so wird eine Überschreitung derselben von fünf Tagen toleriert." Vgl. Bl. f. z. R. 7 341.

Stillschweigen bedeutet Beharren beim Vertrag. Im kaufmännischen Verkehr dagegen wird der Rücktritt vermutet, der Gläubiger ist nicht verpflichtet, dem Schuldner seinen Rücktritt anzuzeigen. Anderseits ist er nicht mehr berechtigt, Lieferung zu verlangen. Will der Käufer nach Ablauf des Termins noch Erfüllung des Vertrages, so muss er es dem Verkäufer unverzüglich[1] anzeigen (S. O. R. Art. 234, H.G.B. § 376).

Das im S. O. R. Art. 234 vorgesehene Rücktrittsrecht ist nur an den Verzug des Verkäufers, nicht auch an den des Käufers geknüpft. So war es auch im alten H.G.B. Art. 357. Der § 376 des geltenden H.G.B. dagegen bestimmt, dass die Leistung des einen Teils fix versprochen sein müsse, d. h. die Lieferung der Ware oder die Zahlung. Nicht blos die unpünktliche Lieferung des Verkäufers berechtigt den Käufer zum Rücktritt in der Weise, dass es einer besonderen Erklärung nicht bedarf wie im S. O. R., sondern auch der Verkäufer kann auf diese Art zurücktreten, wenn der Käufer mit der Zahlung zögert. Ob letzteres auch gilt, wenn der Verkäufer die Kaufsache schon übergeben und den Kaufpreis gestundet hat, ist eine Streitfrage. Zweifellos lässt sich B.G.B. § 454 nicht unmittelbar auf § 361 B.G.B. und § 376 H.G.B. anwenden. Dagegen sprechen der Wortlaut des § 454 und der Umstand, dass die Voraussetzungen des Rücktritts in den §§ 325, 326 B.G.B. nicht die gleichen sind wie beim Fixgeschäft. Deshalb sagen Staub[2] und Cosack,[3] das Rücktrittsrecht vom Fixgeschäft bestehe unabhängig davon, ob die

[1] Art. 357 des a. H. G. B. enthielt ebenfalls das Wort „unverzüglich". So auch § 377 des geltenden H. G. B. In § 376 H. G. B. ist es ersetzt durch „sofort". Man wollte dadurch ausdrücken, dass die Anzeige nicht blos ohne schuldhaftes Verzögern erfolgen müsse, sondern ohne Rücksicht auf die Umstände gleich nach Ablauf der Lieferungsfrist. Das ist auch die Absicht im S. O. R. (vgl. Hafner zu Art. 234 Note 5 b), obgleich in Art. 263 „sofort" steht (abgedruckt S. 17 Anm. 1). Es ist nicht anzunehmen, dass hier ein Unterschied gemacht werden soll, sondern die verschiedene Bezeichnung ist auf mangelnde Redaktion zurückzuführen.

[2] Staub, Exk. zu § 374 Anm. 32.

[3] Cosack, Handelsrecht S. 210.

Kaufsache schon übergeben sei oder nicht, während Makower[1] eine entsprechende Anwendung des § 454 B. G. B. verlangt, da der gesetzgeberische Gedanke, welcher zur Aufstellung des § 454 geführt habe, auch für § 376 H.G.B. zutreffe. Das S.O.R. lässt hierüber keine Meinungsverschiedenheiten aufkommen. Beim Fixhandelskauf kann die Frage gar nicht auftauchen, weil die Sonderbestimmung nur den Rücktritt des Käufers betrifft. (Art. 234 S.O.R.) Was das bürgerliche Fixgeschäft anbelangt, so wird Art. 123 eingeschränkt durch den dem § 454 B. G. B. entsprechenden Art. 264. Der Anwendung des Art. 264 auf Art. 123 S.O.R. stehen die Bedenken, welche gegen die Unterwerfung des § 361 unter § 454 B.G.B. erhoben wurden, nicht entgegen, da die Rücktrittsbedingungen in beiden Fällen tatsächlich dieselben sind. Der Verkäufer kann auch beim Fixgeschäft wegen Zahlungsverzuges des Käufers nur dann zurücktreten, wenn die Sache noch nicht in den Gewahrsam des Käufers übergegangen ist. Mit dieser Beschränkung steht im Einklang die Bedingung, welche Art. 263 aufstellt für den Fall sofortigen Rücktritts des Verkäufers wegen Zahlungsverzuges des Käufers auch bei Nichtfixgeschäften: Die Sache muss gegen Vorausbezahlung des Preises oder Zug um Zug zu übergeben sein.[2]

In Art. 234 liegt nicht nur eine Vermutung für den Rücktritt, sondern vermutet wird auch das Fixgeschäft, sobald ein bestimmter Lieferungstermin verabredet ist. Es ist aber nicht eine praesumtio iuris et de iure, sondern ein Gegenbeweis ist natürlich zulässig.[3] Durch diese Vermutung wird der Kreis der Fixgeschäfte gegenüber Art. 123 erweitert, nicht aber der Begriff des Fixgeschäftes.[4] Die Vermutung, es handle sich

[1] Makower S. 1239.

[2] Wortlaut oben S. 17 Anm. 1.

[3] Hafner zu Art. 234 Note 3 und unten S. 53 Anm. 1.

[4] wie der bernische Appellations- und Kassationsgerichtshof glaubt. Vgl. Z. b. J. V. 31 265. In einem Gesetze kann es für ein und dasselbe Rechtsgeschäft nur einen festbegrenzten Begriff geben. Der Begriff des Fixgeschäftes ist in Art. 123 und 234 der gleiche, nur die Beweislast ist

um ein Fixgeschäft, hat zur Folge, dass dem Schuldner die Beweislast auferlegt wird, der Termin habe nicht die Bedeutung eines Stichtages. Das deutsche H.G.B. hat die entgegengesetzte Auffassung. Der Abschluss eines Fixhandelskaufes gilt als Ausnahme, deshalb muss ihn derjenige beweisen, der aus ihm Rechte ableiten will.[1] Tritt der Gläubiger auf Grund von

geändert. Die Annahme eines Doppelbegriffes Fixgeschäft lässt Zweifel an der Begründung dieses Urteils aufsteigen. Es war ein Lieferungsgeschäft von höchstens 14 Tagen verabredet worden. Um ein Fixgeschäft könnte es sich aber nach Ansicht des Gerichts nur dann handeln, wenn abgemacht worden wäre, dass die Lieferung des Hafers bis „in 14 Tagen und nicht später" zu erfolgen habe. Dagegen könne der Käufer gestützt auf Art. 234 zurücktreten, da der Kauf ein im kaufmännischen Verkehr abgeschlossenes Geschäft sei: „Unter diesen Umständen kam einer Verabredung des Inhalts, dass der Hafer innert 14 Tagen jedenfalls geliefert werden solle, allerdings die Bedeutung zu, dass der Beklagte nach Ablauf des bestimmten Lieferungstermines gemäss der letzt angeführten Gesetzesstelle (Art. 234) ohne weiteres vom Vertrage zurücktreten durfte." Wird ein Fixgeschäft nach Art. 123 abgelehnt, weil die an sich bestimmte Lieferungsfrist für den Vertrag nicht derart wesentlich ist, dass mit ihrer Innehaltung und Verabsäumung das Geschäft stehen und fallen soll (vgl. S. 52), weil also nicht ersichtlich ist, dass die Leistung genau innerhalb der bestimmten Frist bewirkt werden soll, wie § 376 H. G. B. sich ausdrückt, dann ist die Entscheidung verständlich. Betrachtet dagegen das Gericht die Lieferfrist als zu unbestimmt (mit Rücksicht auf die schweizerische Praxis halte ich sie für bestimmt genug vgl. S. 52), und verwirft es deshalb ein Fixgeschäft gemäss Art. 123, dann ist die Entscheidung anfechtbar. Fehlt es an der Bestimmtheit der Leistungsfrist, dann kann sich das Geschäft auch nicht im kaufmännischen Verkehr in ein Fixgeschäft verwandeln. Art. 234 verlangt ebenso genaue und feste Zeitbestimmung wie Art. 123. Trotzdem ist denkbar, dass der Beweis, es handle sich um ein Fixgeschäft im Sinne von Art. 123, nicht geführt werden kann, und dass dennoch ein Fixgeschäft nach Art. 234 vorliegt. Das hat seinen Grund in der Verschiedenheit der Gewohnheiten des bürgerlichen und des Handelsverkehrs und beruht nicht darauf, dass im einen Fall der Termin bestimmt genug, im andern Fall zu unbestimmt war.

Es erscheint indes als wahrscheinlich, dass das Gericht in dem genannten Urteile den Rücktritt mit der erst erwähnten Begründung motiviert. Unrichtig bleibt die Bemerkung, der Begriff des Fixgeschäftes werde ausgedehnt.

[1] R.G. 36^{85}, R.O.H.G. 6^{19}, Z.H.R. 40^{520}, Makower 1234.

Art. 123 zurück, so hat er gegebenenfalls darzutun, dass ein Fixgeschäft verabredet war. Wenn der Schuldner das Fixgeschäft bestreitet, kann sich der Gläubiger nicht auf eine Vermutung für dieses stützen und dem Schuldner den Beweis des Gegenteils aufbürden.

Ob Art. 234 oder 123 anzuwenden sei, bestimmt sich nicht nach den persönlichen Eigenschaften der Kontrahenten. „Im kaufmännischen Verkehr" heisst nicht „unter Kaufleuten" (vgl. Art. 224), sondern massgebend ist die Art des Geschäftes, der Zweck, zu welchem gekauft wird. Wer kauft, um wieder zu verkaufen, kann sich auf Art. 234 berufen.[1] Doch ist die Absicht des Wiederverkaufs nicht unbedingt erforderlich. Wenn ein Kaufmann Mobiliar für seine Verkaufslokale erwirbt, dann fällt dieses Geschäft ebenfalls unter Art. 234, denn es dient dem Handelsbetriebe, nicht Privatzwecken, der Kaufmann als solcher hat es abgeschlossen, nicht der Kaufmann qua Privatperson.[2]

Das Fixgeschäft ist dadurch ausgezeichnet, dass die Leistung des einen oder beider Teile zeitlich genau bestimmt oder begrenzt ist. Leistung bedeutet hier wieder Hauptleistung, auf der einen Seite also regelmässig beim Kauf Zahlung des Kaufpreises, auf der andern Seite Übergabe, Eigentumsverschaffung. Wenn sich die Zeitbestimmung auf etwas anderes als auf die Leistung bezieht, dann liegt kein Fixgeschäft vor,

[1] Rossel S. 345 zitiert hier Haberstich: „Der Begriff ist ein rein sachlicher nicht persönlicher." vgl. Urteil des Obergerichts von Solothurn in Z.b.J.V. 39[539]: „Es genügt nach Art. 234, wenn nur eine der bei d. Tatbestand beteiligten Personen Kaufmann ist. Im kaufmännischen Verkehr ist nicht auf den inneren Verkehr von Kaufmann zu Kaufmann beschränkt, sondern gilt auch für den Verkehr der Kaufleute mit dem nicht kaufmännischen Publikum."

[2] Das Beispiel ist demselben Urteil entnommen. Die Begründung, weshalb der Kauf unter Art. 234 falle, lässt darauf schliessen, dass das Geschäft durch die Person des Käufers den Charakter eines im kaufmännischen Verkehr abgeschlossenen erhalten müsse. Ich bezweifle die Richtigkeit dieser Ansicht. Nach H.G.B. § 376 ist es gleichgültig, ob der Käufer oder der Verkäufer Kaufmann ist, wenn nur der Kauf zum Betriebe des Handelsgewerbes gehört.

beim Kauf also dann nicht, wenn blos für die Versendung des Kaufobjekts und nicht auch für die Lieferung, für die Zeit, bis zu welcher die Ware übergeben sein müsse, ein Termin bestimmt ist.[1]

Bei der Beurteilung, ob es sich um ein Fixgeschäft handle, ist der Richter nicht an den Wortlaut des Vertrages gebunden, sondern massgebend ist der Wille der Parteien. Das geht aus S.O.R. Art. 16 hervor. Es wird nicht verlangt, dass der Vertrag die Bezeichnung fix, präzis, genau, spätestens oder ähnliches enthalte. Es können genügen Worte wie lieferbar im September, erste Hälfte Oktober, unverzüglich, in kürzester Frist.[2] Auch stillschweigender Abschluss eines Fixgeschäfts ist möglich. Nötig ist nur, dass die Erfüllungszeit ein derart wesentlicher Bestandteil des Geschäftes sei, „dass mit ihrer Innehaltung und Verabsäumung das Geschäft stehen und fallen, eine nachträgliche Erfüllung nicht mehr als Vertragserfüllung angesehen werden soll; aus den gebrauchten Worten (fix, genau, präzise) oder der Beifügung der kassatorischen Klausel (Verwirkungsklausel) oder aus den Umständen muss hervorgehen, dass beide Parteien dies als Teil gewollt, die Zeitbestimmung in diesem prägnanten Sinne aufgefasst haben.“[3]

Die deutsche Praxis ist hinsichtlich der Bestimmtheit der Zeit strenger als die schweizerische. Ein Fixgeschäft liege nicht vor, weil eine feste Zeitbestimmung fehle, bei Ausdrücken wie sofort, binnen kürzester Frist, umgehend, so schnell als möglich, sogleich, im Monat März, per 4 Wochen, täglich, in nächster Woche, April, Mai, Juni zu liefern.[4]

Dagegen stimmen die deutsche und die schweizerische Rechtssprechung darin wieder überein, dass nicht schon die

[1] Bl. f. z. R. 5 115, 6 99, 7 314, R. G. 36 84. Makower (1236) redet von einem Fixgeschäft auch, wenn nur der Zeitpunkt der Absendung als fixer bestimmt ist. Es handle sich dann um eine fixe Teilleistung.

[2] vgl. Rossel 183, 345, B.G.E. 13 68, 18 839 ff., 21 535, H.E. 3 63, 7 324, 20 254, Bl. f. z. R. 7 341.

[3] Staub § 376 Anm. 4. R. O. H. G. 2 93, 3 275, 11 432, 13 168, 16 292. R.G. 1 241, 36 84, 51 348.

[4] Staub § 376 Anm. 6. R. O. H. G. 3 288, 6 22, 7 260,369, 8 235, 14 435, 20 236.

Festsetzung eines bestimmten Leistungstermins bestimmt auf ein Fixgeschäft schliessen lasse, sondern nur dann, wenn dieser Termin nach der Absicht der Parteien für den Vertrag wesentlich ist. Das B.G. hat sich hierüber geäussert in B.G.E. 19[902]:

„Dieser Vertragswille (dass nämlich ein Fixgeschäft abgeschlossen worden sei) muss sich mit Deutlichkeit entweder aus den von den Parteien gewählten Bezeichnungen wie spätestens, präzis und dergleichen oder aus den Verumständungen ergeben. Die blosse Festsetzung eines Antrittstermins allein reicht zum Beweise dieses Vertragswillens nicht aus.“ [1]

Wenn das Geschäft seinem ganzen Charakter nach ein Mahngeschäft ist, wird es durch eine Terminbestimmung nicht in ein Fixgeschäft verwandelt.[2] Anderseits bedarf ein Geschäft, um Fixgeschäft zu sein, nicht immer einer ausdrücklichen Parteiabrede. Die Absicht, ein Fixgeschäft abzuschliessen, kann sich aus dem Geschäfte selbst ergeben, z. B. die Braut bestellt

[1] Da es sich um Art. 123 handelt, ist es ganz richtig, dass das B.G. die Beweislast demjenigen auferlegt, der das Vorliegen eines Fixgeschäftes behauptet. In B. G. E. 21[535] dagegen verpflichtet es den Kläger, welcher ein Fixgeschäft aus Art. 231 leugnet, die in diesem Art. aufgestellte Vermutung zu entkräften. (Vgl. oben S. 49)

[2] B.G.E. 15[304], 32 II[334]. vgl. Curti a. a. O. S. 41. Die Bestellung von Knaben- und Kinderhüten auf 1. März und Herrenhüten auf 31. März werden als Mahngeschäft erklärt, weil die Ansetzung von Stichtagen mit den Gewohnheiten des Huthandels in seiner regelmässigen Erscheinung in Widerspruch steht. H. E. 15[297]. Z. b. J. V. 30[237], 40[673]: Die Klausel, die gekauften Käse seien im Januar fortzunehmen bez. zu wägen, spreche nicht für die Annahme eines Fixgeschäftes im Sinne von Art. 123. B.G.E. 18[815]: Bei Verträgen, welche eine schöpferische geistige Leistung, sei es wissenschaftlicher, technischer oder künstlerischer Natur, zum Inhalte haben, ist die Vereinbarung eines Ablieferungstermins in der Regel nur in dem Sinne einer ungefähren Zeitbestimmung, binnen welcher die Vollendung der Arbeit erstrebt werden soll, zu verstehen. Bl. f. z. R. 4[245]. Die Vereinbarung, dass der Vermieter zur sofortigen Aufhebung des Mietvertrages berechtigt sei, wenn der Mietzins nicht am Verfalltage bezahlt werde, bedeutet kein Fixgeschäft. Denn als Verfallstermin werde im allgemeinen nicht blos der vereinbarte Zinstag betrachtet, sondern eine kleine Zahl von Tagen.

das Hochzeitskleid.[1] Die Umstände, die Art der Ware, der Zweck des Kaufes, die Korrespondenz der Kontrahenten[2] können dafür entscheidend sein, ob es sich um ein Fixgeschäft handle oder nicht.[3] Es ist auch möglich, dass der Termin für das Geschäft an sich unwesentlich ist, aber durch Abrede der Parteien zum wesentlichen Bestandteil des Vertrages erhoben wird. Der Umstand, dass das Interesse ein genaues Einhalten der Lieferungszeit verlangte, macht das Geschäft noch nicht zum Fixgeschäft, anderseits kann ein solches vorliegen, ohne dass ein Interesse nachweisbar wäre.[4] Das Interesse kann dafür beweisend sein, dass der eine Teil ein Fixgeschäft abschliessen wollte, aber dass der andere Kontrahent denselben Willen hatte, ist damit nicht gesagt. Stets kommt es darauf an, ob nach dem gemeinsamen Willen beider Kontrahenten die Existenz des Vertrages von dessen pünktlicher Erfüllung abhängig gemacht wird.

§ 4. Rücktritt wegen Nutzlosigkeit der Leistung.

Der Gläubiger wird von seinem Rücktrittsrecht im allgemeinen Gebrauch machen, wenn er unter Berücksichtigung aller Umstände zu dem Resultate kommt, dass der Vertrag für ihn kein Interesse mehr hat. Verschiedenartige Überlegungen, zufällige Erscheinungen, Veränderungen des Marktes können ihm den Rücktritt erwünscht machen. Unmittelbar nach Vertragsschluss bereut er, den Vertrag überhaupt geschlossen zu

[1] Stets sind die konkreten Verhältnisse und Handelsgewohnheiten des betreffenden Geschäftszweiges in seiner regelmässigen Erscheinung zu berücksichtigen. Bl. f. z. R. 1[169].

[2] Bl. f. z. R. 5[243].

[3] Doch müssen dem andern Kontrahenten diese Umstände bekannt sein. R.O.H.G. 9[409], R. G. 36[85]. R.O.H.G. 7[260]: Der Umstand allein, dass die Ware Preisschwankungen ausgesetzt sei, reiche nicht aus, ebensowenig der Umstand, dass die Ware zur Anfertigung von Modeartikeln bestimmt sei. Vgl. ferner R. O. H. G., 8[15], 16[292], Staub § 376 Anm. 6.

[4] Makower a. a. O. 1235. R. O. H. G. 5[261], 13[169].

haben oder gerade diesen Vertrag oder gerade mit diesem Kontrahenten. Um solche subjektiven Meinungen kann sich die Rechtsordnung natürlich nicht kümmern, will sie nicht jede Verkehrssicherheit preisgeben. Der Kontrahent bleibt gebunden und nur eine Nachlässigkeit, der Verzug des Schuldners, kann ihn allenfalls befreien. Es ist möglich, dass infolge des Verzugs der Vertrag für den Gläubiger ganz wertlos geworden ist. Er glaubte, ein günstiges Geschäft abgeschlossen zu haben. Vor der drohenden Preiserhöhung hat er Baumwolle in grossen Mengen noch zu den alten Bedingungen gekauft. Nach starkem Steigen tritt plötzlich ein Sinken des Preises ein. Der Schuldner hätte Mitte Februar liefern sollen. Zu dieser Zeit konnte der Käufer gut weiterverkaufen. Der Schuldner liefert aber erst Ende Februar, als die Baumwolle schon gefallen war. Der Käufer hat nun am Vertrag kein Interesse mehr, im Gegenteil ist es für ihn vorteilhaft, wenn er nicht gebunden ist, da er jetzt die Ware billiger kaufen kann.

Es wurde bereits erwähnt,[1] dass das römische Recht, obwohl es das gesetzliche Rücktrittsrecht nicht ausgebildet hat, in gewissen Fällen dem vertragstreuen Teil den Rücktritt gestattete. Windscheid[2] erachtet das Rücktrittsrecht als Wirkung des Verzuges dann für zulässig, wenn für den Gläubiger das zu Leistende zu dem Zwecke, zu welchem er es sich hat versprechen lassen, unbrauchbar geworden ist, wohin im Besondern auch der Fall gehöre, wo er für das Bedürfnis, welches durch die Leistung befriedigt werden sollte, anderweitige Fürsorge getroffen habe.

So haben die Rechtsordnungen, die nicht um ihrer selbst willen da sind, sondern um dem Leben zu dienen, von jeher den einseitigen Rücktritt von einem in gültiger Weise abgeschlossenen Vertrage unter Umständen gebilligt. Wer einen Vertrag schliesst, hat immer einen bestimmten Zweck im Auge. Dieser Zweck ist das Motiv für den Vertragsschluss.[3] Wenn ich um

[1] oben S. 46.

[2] Windscheid, Pandekten § 280 Anm. 1.

[3] Zwar kann sich das Gesetz um Motive nicht kümmern, aber es

7 Uhr am Bahnhof sein will und eine Droschke auf 6½ Uhr bestelle, so geschieht das, damit ich rechtzeitig am Bahnhof eintreffe. Erscheint der Wagen erst um 7 Uhr, dann kann der Zweck nicht mehr erreicht werden.

Wie dieses Beispiel zeigt, kommt es vor, dass die Leistung aus einem Fixgeschäft nutzlos wird, wenn der Schuldner nicht rechtzeitig erfüllt. Das wird sogar in den meisten Fällen zutreffen. Aber dieses Nutzloswerden ist nicht ein Begriffsmerkmal des Fixgeschäftes. Es ist möglich, dass die Leistung gleich wertvoll bleibt, auch wenn sie erst nach dem verabredeten Termin erfolgt. Ich will am 15. einen Maskenball mitmachen. Ich bestelle in einem Geschäft ein Kostüm, lieferbar am 5. fix. Wird erst am 10. geliefert, so ist die Leistung nicht nutzlos geworden. Oft wird die Umkehrung zutreffen, dass wenn die Leistung infolge Verzuges nutzlos geworden ist, es sich gewöhnlich um ein Fixgeschäft handelt. Dann hat der Gläubiger die Wahl, seinen Rücktritt auf Art. 123 oder 125 S.O.R. zu stützen. Bequemer ist es für ihn, wenn er zu beweisen vermag, dass ein Fixgeschäft vorliegt. Gelingt es ihm nicht, dann wird er den Schuldner nach Art. 117 in Verzug setzen und beweisen, dass die Leistung infolge des Verzuges nutzlos geworden ist. Ausnahmslos gilt die Umkehrung nicht. Es ist denkbar, dass auf Grund von Art. 125 zurückgetreten werden kann, obwohl ein Fixgeschäft fehlt. So, wenn jemand einen Modeartikel für eine bestimmte Saison bestellt, ohne ein Fixgeschäft abzuschliessen, oder jemand kauft einen fertigen Maskenanzug. Gemäss Art. 86 ist er berechtigt, sofortige Lieferung zu verlangen. Der Maskenball findet am 15. statt. Kommt der Schuldner in Verzug und will er am 16. liefern, dann kann der Käufer das Kleid zurückweisen (Art. 125), obgleich jener nicht wusste, an welchem Tage das Kleid gebraucht würde.

Die Voraussetzungen des Rücktritts nach Art. 125 sind:
Zweiseitiger Vertrag.
Verzug des Schuldners.

bleibt nicht gleichgültig, wenn der Zweck infolge einer Handlung oder Unterlassung des Vertragsgegners vereitelt wird.

Die Leistung muss für den Gläubiger infolge des Verzuges nutzlos geworden sein.

Sind diese Requisite erfüllt, dann kann der Gläubiger ohne weiteres, d. h. ohne Fristsetzung und Androhung der Vertragsauflösung zurücktreten. Wenn nicht Verzug, sondern etwas anderes Ursache des Nutzloswerdens ist, dann fehlt es an einem Erfordernis des Art. 125. Es finden die Bestimmungen des Art. 122 resp. 123 Anwendung. Der Maskenball wird am 15. nicht abgehalten. Der Schuldner liefert zwar vor dem 15., ist aber doch in Verzug gekommen. Dann kann die Annahme nicht unter Berufung auf Art. 125 verweigert werden. Auch wenn er rechtzeitig geliefert hätte, wäre die Leistung für mich nutzlos geworden, ich wäre ohnedies zu Schaden gekommen. Ursache des Schadens ist also nicht der Verzug. Ich kann diesen Schaden nicht auf den Schuldner abwälzen durch Rücktritt vom Vertrage, denn nur wenn der Verzug die Nutzlosigkeit zur Folge gehabt hat, ist der Rücktritt ohne weiteres vom Gesetze anerkannt.

„Infolge des Verzuges" bedeutet, dass der Verzug die überwiegende Ursache für die Nutzlosigkeit gewesen sei, dass, wenn der Schuldner rechtzeitig geleistet hätte, die Leistung nicht nutzlos geworden wäre. Darnach richtet sich die Behandlung der Fälle, wo neben dem Verzug noch andere Umstände mitwirken. Der Ball findet nicht statt, der Schneider schickt das Kleid erst am 16., also zu einer Zeit, wo ich es nicht mehr gebrauchen könnte, wenn das Ereignis, zu welchem ich es bestellt habe, nicht weggefallen wäre. Trotzdem muss es angenommen werden. Oder der Ball wird am 15. abgehalten, aber durch Krankheit bin ich verhindert, daran teilzunehmen. Auch dann kann der Schneider, der am 16. das Kleid schickt, beanspruchen, dass der Vertrag aufrecht erhalten bleibe. Gegenüber meiner Behauptung, infolge des Verzuges sei das Kleid für mich nutzlos geworden, wird der Gegner beweisen, dass ich auch bei rechtzeitiger Lieferung dasselbe nicht hätte verwenden können, und dieser Umstand wirkt zu Gunsten des Schuldners. Hier tritt besonders stark der mit dem Vertrag beabsichtigte Zweck in den Vorder-

grund. Die Lösung entspricht umsomehr der Billigkeit, weil Art. 125 nicht voraussetzt, dass der Schuldner gewusst habe, die Leistung werde bei verspäteter Erfüllung unnütz. Das Gesetz sagt auch nicht, die Leistung müsse für den beim Vertragsschluss in Aussicht genommenen Zweck nutzlos geworden sein. Eine Grenze ist aber insofern zu ziehen, als der Gläubiger nicht, nur um von dem Vertrage loszukommen, den Zweck willkürlich ändern darf, sondern der aus der Lage der Dinge sich ergebende Zweck wird stets massgebend sein. Erbringe ich den Nachweis, dass ich bei rechtzeitiger Lieferung das Kleid hätte verkaufen können, dann wird die Anwendbarkeit des Art. 125 gegeben sein. Dass mir die Verkaufsgelegenheit entgeht und das Kleid bei mir liegen bleibt, für mich also nutzlos wird, ist eine Folge des Verzuges. Anderseits liegt Nutzlosigkeit nicht erst dann vor, wenn die Leistung für den Gläubiger überhaupt wertlos geworden ist. Das wird äusserst selten zutreffen. Vielleicht habe ich Gelegenheit, das Maskenkleid an einem andern Ball anzuziehen. Der Käufer kann die nicht rechtzeitig gelieferte Ware, für welche er schon einen Abnehmer gefunden hatte, vielleicht später wieder verkaufen. Solche Eventualitäten sind nicht zu berücksichtigen. Es genügt, dass die Leistung für den bestimmten Zweck, welchen der Gläubiger im Auge gehabt hat, infolge des Verzuges wertlos geworden ist.

Nach S.O.R. Art. 125 muss die Leistung für den Gläubiger nutzlos geworden sein. B.G.B. § 326 Abs. 2 gibt das Rücktrittsrecht, wenn die Leistung „für den andern Teil kein Interesse“ mehr hat. Die Grenzen, welche Stammler[1] diesem Interesse gibt, sind auch für das „nutzlos“ des S. O. R. zu ziehen. Die Leistung muss für den Gläubiger objektiv, nicht blos subjektiv nutzlos geworden sein. Der Nachweis, dass sie für ihn nutzlos ist, reicht nicht aus, sondern sie muss nutzlos sein „für jeden in solcher Lage befindlichen Menschen.“ „Von allen blos subjektiven Motiven und Wünschen wird man absehen.“[1] Der in Verzug gekommene Schneider

[1] Stammler a. a. O. S. 119. vgl. B.G.E. 18 846.

liefert am 14. Jetzt erst melde ich mich zum Ball und erhalte als Eintrittskarte Nr. 13. Ich bin abergläubisch, wage nicht mit dieser Nummer zum Ball zu gehen, sondern bleibe ihm fern. Ich muss aber das Kleid annehmen, die Leistung ist nur nach meiner subjektiven Ansicht für mich nutzlos geworden, jeder Andere hätte sich durch die Nr. 13 nicht abschrecken lassen.

Art. 125 gestattet den Rücktritt, wenn die Leistung für den Gläubiger nutzlos geworden ist. Die Buchstabeninterpretation würde hier zu falschen Resultaten führen. Unter Leistung versteht man die einseitige Leistung ohne Berücksichtigung der Gegenleistung. Die einseitige Leistung des Schuldners aber kann für den Gläubiger oft nützlich sein,[1] während sie nutzlos wird, sobald er dafür das Aequivalent leisten muss. Namentlich wird derjenige, welcher Geld zu fordern berechtigt ist, immer ein Interesse daran haben, dieses zu erhalten, auch wenn sein Schuldner sich im Verzuge befindet. Fraglich ist dagegen, ob dieses Interesse auch besteht, wenn er, um das Geld zu erhalten, seine Gegenleistung zu machen verpflichtet ist.

Die Meinung des Gesetzes trifft man dann, wenn man unter Nutzlosigkeit der Leistung die verneinende Antwort auf die Frage versteht: Ist die Leistung noch von Nutzen, wenn der Gläubiger die Gegenleistung gemacht hat? Das S.O.R. hätte sich genauer ausgedrückt, wenn an Stelle des Wortes Leistung „Erfüllung“ gesetzt worden wäre[2]: Wenn infolge

[1] Doch ist auch das Gegenteil nicht ausgeschlossen. Nutzlos ist nicht identisch mit wertlos, sondern bedeutet nur Unmöglichkeit der Verwendung für einen bestimmten Zweck, sei es für den ursprünglich beabsichtigten oder, wenn dieser nicht durch Verzug, sondern durch einen andern Umstand vereitelt wurde, für den aus der Lage der Dinge sich ergebenden Zweck (vgl. S. 58). Einen gewissen Wert wird die einseitige Leistung immer haben. Wenn ich das Kleid behalten darf, ohne dafür einen Preis zu zahlen, ist es für mich nicht wertlos, wohl aber kann es nutzlos sein.

[2] Der Entwurf des revidierten S.O.R. gebraucht in dem neu aufgenommenen Absatz 2 des dem Art. 124 entsprechenden Art. 1134 nicht mehr das Wort Leistung, sondern Erfüllung (vgl. den Text dieses Art.

des Verzuges des Schuldners die Erfüllung des Vertrages . . . Dass diese Auslegung die richtige ist, erhellt ausser den genannten Gründen der französische Gesetzestext: „Lorsque par le fait de la demeure du débiteur, l'obligation est devenue sans utilité . . . .“ M. E. ist es eine Verschlimmbesserung, wenn Rossel,[1] um dem deutschen Text nahezukommen, neben „obligation“ bemerkt: „ou plutôt l'exécution = die Leistung“. Sprechen praktische Erwägungen für die hier vertretene Ansicht, so ist an ihr festzuhalten, weil auch der Wortlaut des Gesetzes sie zulässt. Das S.O.R. scheidet nicht scharf zwischen Leistung und Erfüllung. Im B.G.B. dagegen wird beim zweiseitigen Vertrag in § 325 Abs. 1 Satz 2 und § 326 Abs. 2 von der Erfüllung des Vertrages, in § 286 Abs. 2 von der Leistung geredet.[2]

Der Gläubiger ist berechtigt, ohne Fristsetzung zurückzutreten, aber nicht verpflichtet. Er kann eine Nachfrist setzen, sei es zur grösseren Sicherheit, da er an der Anwendbarkeit des Art. 125 zweifelt, sei es dass „bei verständiger Würdigung des Falles nach den Grundsätzen von Treu und Glauben noch ein Erfolg zu erwarten war.“[3] Nur darf die Fristsetzung nicht dazu dienen, auf Kosten des Schuldners zu spekulieren.[4]

§ 5. Das Mahngeschäft.

Auch wenn das Geschäft infolge Verzuges nicht nutzlos geworden ist, auch wenn es sich ferner nicht um ein Fixgeschäft handelt, soll der nichtsäumige Teil doch nicht ewig an den Vertrag gebunden sein. Das würde ihn in seiner Bewegungsfreiheit allzu sehr hindern. Er muss Gewissheit da-

unter § 7). Leider ist nicht auch in Art. 1133, dem Art. 125 des geltenden S.O.R., Leistung durch Erfüllung ersetzt worden.

[1] Rossel S. 184.

[2] Vgl. Planck, Kommentar zu § 325. Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 101, Makower 1212, R.G. 50[143].

[3] Staub, Exkurs zu § 374 Anm. 62.

[4] vgl. unten: Schadenersatz § 12 Ziff. 5.

rüber haben, ob er die bestellte Ware bekommt, oder ob er sie sich auf anderem Wege zu verschaffen genötigt ist. Die Voraussetzungen des Art. 122 sind wieder

zweiseitiger Vertrag
Leistungsverzug des einen Teils.

Nun kann der Gläubiger unter Setzen einer Nachfrist und Androhung der Vertragsauflösung zurücktreten.

Dass der Verzug Voraussetzung des Rücktritts ist, bedeutet nicht, er müsse der Fristsetzung zeitlich vorangehen, sondern es ist möglich, dass beide auf den gleichen Zeitpunkt fallen. So namentlich, wenn es einer Mahnung bedarf, um den Schuldner in Verzug zu setzen (Art. 117 Abs. 1). Der Gläubiger kann die Nachfrist geben, ohne vorher durch Mahnung den Schuldner in Verzug gebracht zu haben.[1] Darf die Nachfrist gesetzt werden, schon bevor der Schuldner im Verzuge ist? Ich glaube, diese Frage bejahen zu müssen. Innere Gründe sprechen nicht dagegen, eine solche vorzeitige Fristsetzung als gültig zu betrachten, denn die Absicht, welche man mit der Nachfrist verfolgt, wird dadurch nicht vereitelt. Der Gläubiger soll Geduld haben mit dem Schuldner, der in Verzug gekommen ist, ihm nochmals Zeit lassen zu leisten. Die Zeitverlängerung ist das wesentliche. Diese frühe Fristsetzung ist nicht nur zu gestatten, wenn ein bestimmter Verfalltag verabredet ist, sondern auch dann, wenn mit ihr die Mahnung des Art. 117 Abs. 1 verbunden wird.

Das spricht das B.G. aus in B.G.E. 29 II[264]: „Daraus, dass die Fristsetzung schon am 10. V. erfolgte, entstund der Klägerin kein Nachteil." Fällig war die Forderung am 16. V.

[1] Hafner, Kommentar Art. 122 Note 1a. B.G.E. 15[868]: „Das die Ansetzung der Nachfrist erst nach ergangenem besonderem Mahnungsakte, also tatsächlich erst in Verbindung mit einer zweiten Mahnung des Schuldners erfolgen dürfe, fordert das Gesetz nirgends, während dies doch, wenn der Gesetzgeber es gewollt hätte, unzweifelhaft ausdrücklich und unter Regulierung des Verhältnisses der ersten zur zweiten Mahnung wäre ausgesprochen worden."

Ferner B.G.E. 29 II [264]. Desgleichen die deutsche Praxis: Vgl. Staub Exkurs zu § 374 Anm. 15. R.G. 50[262].

Mahnung und Fristsetzung geschahen also durch einen Akt vor dem Beginn des Verzuges.[1]

Doch ist es nicht der Willkür des Gläubigers anheimgestellt, wann er die Nachfrist bestimmen will. Regel ist, dass sie nach Eintritt des Verzuges gesetzt wird, aber es können Gründe vorliegen, welche eine frühere Fristsetzung rechtfertigen, z. B. es ist zweifelhaft, ob der Vertrag erfüllt werden kann. Nun will der Gläubiger den Schuldner so früh als möglich auf die Folgen der Nichterfüllung aufmerksam machen, um ihn dadurch zur äussersten Anstrengung zu veranlassen oder um ihn umzustimmen, wenn er zum voraus erklärt hat, nicht erfüllen zu wollen.

Auch nach B.G.B. werden solche vorzeitige Fristsetzungen für zulässig angesehen.[2] Nur ist zu beachten, dass einer Verbindung von Fristsetzung und Mahnung vor dem Verzuge die Vorschrift, die Mahnung müsse nach der Fälligkeit geschehen, entgegensteht. In diesen Fällen wird die Fristsetzung zwar gültig, aber eine besondere Mahnung nach der Fälligkeit nötig sein. Wenn die Erklärung nach Eintritt des Verzuges abgegeben wird, kann sie nicht zurückgezogen werden, denn sie ist ein einseitig empfangsbedürftiges, nicht annahmebedürftiges Rechtsgeschäft.[3] Warum eine vorzeitige Erklärung, obgleich sie gültig ist, nicht bindend sein soll,[4] ist nicht ersichtlich.

Mit der Fristsetzung muss der Gläubiger die Drohung aussprechen, dass mit Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst sei. Nach B.G.B. muss nur angedroht werden, dass die Leistung nicht mehr angenommen werde. Die Entscheidung ob sich der Gläubiger für den Rücktritt oder für Schadenersatz wegen Nichterfüllung ent-

[1] Vgl. oben S. 40.

[2] Für das frühere Recht R.O.H.G. 10 24, 13 137, 17 226, R.G 7 144, Gruchot 28 1064. Staub Exk. zu § 374 Anm. 97. Dernburg B.R. II 1 214: „Die Erklärung muss zwar laut § 326 nach Eintritt des Verzuges geschehen, dennoch werden vorher gegebene Erklärungen, wenn sie nicht zurückgenommen wurden, als nach Eintritt des Verzuges fortwirkend anzusehen sein."

[3] R.G. 53 167.

[4] Wie Dernburg annimmt. Vgl. auch oben S. 35.

schliesse, muss in diesem Zeitpunkt noch nicht erfolgen. Die Androhung des Rücktritts bez. der Leistungsannahmeablehnung muss nicht wörtlich geschehen, sondern sie kann auch aus den Umständen und dem Verhalten des Nichtsäumigen hervorgehen, anderseits ist sie wirkungslos, wenn sie den Verzicht auf die Leistung nicht unzweideutig erkennen lässt.[1]

Die Praxis erachtet die Fristsetzung für überflüssig, wenn nach Voraussicht der mit ihr beabsichtigte Zweck nicht erreicht wird. Steht fest, dass der säumige Schuldner innert der angemessenen Frist nicht wird leisten können oder wollen, d. h. hat er die Erfüllung von vornherein bestimmt verweigert, dann ist der Gläubiger berechtigt, sofort zurückzutreten[2]. Der

[1] Bl. f. z. R. 7 Nr. 83 S. 176. Dem Säumigen wurde eine Frist von 8 Tagen gesetzt, um die noch ausstehenden drei Wagen Kartoffeln zu liefern, ansonst er für den Schaden verantwortlich gemacht werde. Diese Erklärung enthalte keine Androhung der Vertragsauflösung, wohl aber die Erklärung des Käufers, er mache den Beklagten für die Folgen des Verzuges haftbar und werde bei Nichteinhaltung der Frist die Sache einem Rechtsanwalt übergeben, da aus dem Zusammenhang und den Umständen hervorgehe, dass der Kläger sich die Rechte vorbehalten wollte, welche nach Art. 124 S.O.R. dem nicht säumigen Teile aus der Nichterfüllung des Säumigen erwachsen. Vgl. Curti, Handelsrecht S. 40, B.G.E. 26 II 123. Dagegen hält Makower (Kommentar S. 1215) für ungenügend, weil keine deutliche Ablehnung der Erfüllungsannahme enthaltend: Ich werde die Sache dem Anwalt übergeben, ich behalte mir den Rücktritt vor R.O.H.G. 13 98, ich werde klagbar werden R.O.H.G. 15 335, ich werde die gesetzlichen Folgerungen ziehen, ich fordere Sie zum letzten Male zur Leistung auf R.O.H.G. 9 323. Genügend seien Aeusserungen wie: Nach Ablauf der Frist werde ich mich anderweit decken oder die Ware anderweit beschaffen, oder das Geschäft soll anulliert sein. Vgl. auch Staub Exk. zu § 374 Anm. 93.

[2] B.G.E. 14 108, 19 903, 20 982, 21 535, 792, 22 507, 1189, 26 II 138, 32 II 269, 458. Bl.f.z.R. 5 326, 6 85, 7 134. Z.b.J.V. 32 86, 41 174. R.G. 51 350, 52 151, 53 13, 165, 56 233. Vgl. oben S. 35 und Staub Exk. zu § 374 Anm. 85, Hafner Art. 122 Note 3. Aus der reichhaltigen Judikatur mag als Beispiel folgende B.G.E. angeführt werden. B.G.E. 19 903: „Ist nun mit Sicherheit vorauszusehen, dass innerhalb einer so verstandenen angemessenen Frist die nachträgliche Erfüllung so wie so nicht könnte bewerkstelligt werden, so hat die Ansetzung derselben keinen Sinn, und es darf der Gläubiger den Vertrag in diesem Falle sofort gelöst betrachten ähnlich wie dann, wenn der Schuldner zum voraus erklärt, den Vertrag nicht erfüllen zu wollen."

Entwurf des revidierten S.O.R. sanktioniert diese Praxis, indem er in Art. 1131 Abs. 2, der dem Art. 122 des geltenden S.O.R. entspricht, folgende Bestimmung aufgenommen hat:

„Die Ansetzung einer Frist ist nicht erforderlich, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde."

Der sofortige Rücktritt ist ein Recht, nicht eine Pflicht des Gläubigers. Der Schuldner kann gegen die Fristsetzung nicht Einspruch erheben, wie er sich dieselbe auch bei Nutzlosigkeit der Leistung gefallen lassen muss.[1] Nur gilt auch hier, dass der Gläubiger die Frist nicht lediglich deshalb setzen darf, um sich auf Kosten des Schuldners zu bereichern.[2]

Die Frist muss angemessen sein. Das hat nicht die Bedeutung, sie müsse immer so gross sein, dass der Schuldner imstande sei zu leisten, auch wenn er erst jetzt mit der Leistung beginne. Ein solches Hinausschieben könnte vielleicht dem vertragstreuen Teile schaden. Wenn auch die Gewährung der Nachfrist eine Bestimmung vorwiegend zu Gunsten des Schuldners ist, so darf man bei Bemessung der Frist doch nicht blos seine Interessen berücksichtigen, sondern die Interessen beider Parteien sind ins Auge zu fassen. Man wird den Massstab von Treu und Glauben anlegen müssen. Das B.G. hat sich hierüber in folgender Weise ausgesprochen. B.G.E. 19^{903}: „Was angemessen ist, beurteilt sich nicht darnach, wie viel Zeit der Schuldner zur Erfüllung notwendig braucht, sondern auch nach dem Interesse des Gläubigers; ein übermässig langes Hinausschieben der Erfüllung würde eine unzulässige Schmälerung seiner Rechte enthalten. Die in diesem Artikel vorgesehene Frist darf also nur eine kurze sein."

Der Schuldner hat gewöhnlich ein Interesse an einer möglichst langen, der Gläubiger an einer möglichst kurzen Frist. Dieser wird daher häufig eine zu kleine Frist ansetzen Dann kann er mit deren Ablauf nicht zurücktreten. Allein die

[1] vgl. oben S. 60.

[2] R.O.H.G. 8^{115}, 13^{104}, 15^{361}, R.G. 5^{105}, unten § 12 Ziff. 5. Staub Exk. zu § 374 Anm. 85.

Setzung zu kurzer Frist ist nicht wirkungslos, wie Haberstich behauptet[1]. Der Schuldner darf die Hände nicht in den Schoss legen mit der Begründung, es sei ihm unmöglich, in dieser nicht angemessenen Frist zu erfüllen, sondern er muss sofort mit der Erfüllung beginnen, damit er innert angemessener Frist, die vom Augenblick der zu kurzen Nachfrist läuft, leisten kann.[2]

Sofern aus der Erklärung des Gläubigers nicht mit Bestimmtheit hervorgeht, dass er nicht länger warten will, wird der Schuldner Einspruch erheben und Verlängerung verlangen müssen. Das erfordert die bona fides. Der Gläubiger, welcher nur aus Unkenntnis eine zu kurze Frist setzt, soll wissen, dass er die Leistung trotz seiner Erklärung auch später annehmen muss, damit er nicht durch anderweitige Deckung seines Bedarfes zu Schaden kommt.[3] Wenn jedoch aus der Erklärung des nicht säumigen Teils zu entnehmen ist, dass er jede Verlängerung rundweg ablehne, dann besteht keine Redepflicht des Schuldners. Es genügt, dass er mit der Erfüllung sofort beginne, sofern überhaupt eine angemessene Frist in diesem Falle in Lauf gesetzt wird.[4]

Das B.G. hat noch nicht klipp und klar ausgesprochen, dass bei Setzung zu kurzer Frist eine angemessene zu laufen beginne, aber die zitierten Entscheidungen in Band 29 II [266]

[1] Haberstich, Handbuch I, S. 230 ff.

[2] B.G.E. 29 II[266]: „Endlich ist zu sagen, dass die Klägerin jedenfalls nicht unter Berufung darauf, dass die Nachfrist nicht angemessen sei, alles weitere unter Ausserachtlassung aller Mahnungen und Fristsetzungen vornehmen durfte; sie hätte vielmehr nachweisen müssen, dass sie innert angemessener Frist vom 16. V. hinweg erfüllt habe. B.G.E. 15[867]: „Wenn derjenige, dem die Frist gesetzt wird, diese zu kurz findet, so muss er dagegen Einspruch erheben und Verlängerung derselben verlangen. Er kann sich nicht über zu knappe Bemessung der Frist beschweren, wenn der Rücktritt bereits erfolgt ist.“ Der Rücktritt ist also gestattet, auch wenn eine zu kurze Frist gesetzt ist, aber natürlich muss der Ablauf der angemessenen Frist abgewartet werden.

[3] Vgl. Staub Exk. zu § 374 Anm. 90. R.O.H.G. 8[127], R.G. 7[79], Bolze 7 Nr. 582, 11 Nr. 395.

[4] Vgl. unten S. 68.

uud 15[867] lassen schliessen, dass es diesen Satz anerkennt. Er wird auch für das B.G.B. von der herrschenden Lehre und von der Rechtssprechung vertreten.[1] Einen Widerspruch mit dem Gesetz findet Cosack darin nicht, vielmehr gäbe das Gesetz dieser Regel dadurch Ausdruck, dass es nicht sagt, der Gläubiger könne zurücktreten oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn die Leistung nicht „binnen der Nachfrist" erfolgt, sondern dass es bestimmt, der Gläubiger habe diese Rechte, wenn die Leistung nicht „rechtzeitig" erfolgt.[2] Diese Begründung trifft für das S.O.R. nicht zu; trotzdem glauben wir, dass auch nach der Rechtssprechung des B.G. stets eine angemessene Frist gemeint und dass dies auch mit dem Gesetze vereinbar ist. Es kommt darauf an, ob dem Schuldner tatsächlich, nicht ob ihm ausdrücklich eine angemessene Frist gegeben worden ist. Deshalb schadet auch eine unbestimmte Äusserung über die Dauer der Nachfrist dem Gläubiger nicht,[3] z. B. die Aufforderung, innerhalb angemessener Frist zu leisten, doch ist er verpflichtet, sich auf Verlangen des Schuldners bestimmt zu äussern.

Im Zusammenhange damit steht die Frage, ob auch dann eine Frist laufe, wenn der nicht säumige Teil schon bei Eintritt des Verzuges die Ablehnung der Leistungsannahme in Aussicht gestellt hat, ohne eine Frist zu setzen, m. a. W. ob die Untätigkeit des Schuldners nach Ablauf einer angemessenen Frist den Gläubiger zum Rücktritt berechtige, obwohl er die Nachfrist nicht gesetzt, sondern von Anfang an erklärt hat, er werde nicht annehmen. Natürlich gibt ihm eine solche Erklärung nicht das Recht zum sofortigen Rücktritt, sondern er bleibt nach wie vor zur Annahme verpflichtet. Anderseits kann der Schuldner nicht, gestützt auf diese Erklärung, Annahme-

[1] Makower a. a. O. 1212. Staub Exk. zu § 374 Anm. 90. Cosack B.R. 1[353]. R.G. 56[134,234], 62[69]. 16 II 04. J.W. 17[213], 25 X 04. J.W. 05, 17[12], L.Z. 07[288].

[2] Cosack B.R. 1[353].

[3] Ebenso Staub Exk. zu § 374 Anm. 87, Makower 1214, Planck a.a.O. § 250 Anm. 2 a, Dernburg B.R. II 1[213], anders Cosack B.R. 1[353], Windscheid-Kipp II § 267 Zusatz 7.

verzug des Gläubigers geltend machen, sondern er muss die Leistung anbieten.[1] Wie nun, wenn der Schuldner in Untätigkeit verharrt, die angemessene Frist verstreichen lässt, kann dann der Gläubiger, der eine Frist nicht gesetzt, zurücktreten? Unter dem alten H.G.B. wurde die Frage bejaht.[2] In R.O.H.G. 8 127 wird ausgeführt, aus der Gegenansicht folge:

a. dass auch dann eine Fristsetzung zu verlangen sei, wenn der säumige Teil die Erfüllung verweigert habe.

b. dass nach derselben folgerecht eine angemessene Frist gesetzt sein müsse. Würde z. B. in einem Falle, in welchem nach richterlichem Ermessen eine 14 tägige Frist angemessen wäre, der Nichtsäumige eine 8 tägige gesetzt, aber 3 Wochen gewartet haben, ehe er von seinem Rechte Gebrauch machte, so würde die Fristsetzung vergeblich sein, obgleich der Säumige sich fortdauernd blos passiv verhielt.

c. auch würde es nicht genügen, dass eine unbestimmte Frist gesetzt werde, ja die Dauer der Frist müsste eine unzweideutig bestimmte sein; es würde nicht genügen, dass die Absicht des Nichtsäumigen hinsichtlich der Dauer der Frist anderweit erkennnbar sei. Die notwendigen Konsequenzen der formalen Auffassung der Bestimmung würden mit ihrem Grundgedanken nicht stimmen.

Dernburg[3] erachtet diese Gesichtspunkte auch unter dem geltenden H.G.B. für massgebend. Ebenso behandelt Cosack[4] den ohne die erforderlich gewesene Fristbestimmung erklärten Rücktritt nicht anders als die Bestimmung einer zu kurzen Frist. Sie sei eine Nachfrist = 0. Diese Auffassung ist nicht ohne Widerspruch geblieben. Die Zulässigkeit der Berufung auf die frühere Rechtssprechung wird bestritten, weil gegenüber der Fassung des § 326 B. G. B., der Gläubiger müsse eine Frist bestimmen, der Art. 356 des alten H.G.B. nur sagte, er müsse eine Nachfrist gewähren. Das könne auch durch passives Verhalten geschehen, während „bestimmen“ sich auf

[1] Vgl. oben S. 34.
[2] R.O.H.G. 8 127, 9 126, 12 62, R.G. 1 241 Gruchot 33 1048.
[3] Dernburg B.R. II 1 214.
[4] Cosack, B.R. 1 353.

ein Tun, eine aktive Tätigkeit, nicht auf ein blosses Dulden des Nichtsäumigen beziehe.[1] Wer eine zu kurze Frist setze, stelle sich auf den Boden des Gesetzes, während der, welcher die Fristbestimmung ganz unterlässt, dem Gesetze nicht genügen wolle. Deshalb beginne die Nachfrist nicht zu laufen.[2] Auch der, welcher absichtlich eine zu kurze Frist setzt, will dem Gesetze nicht entsprechen, folglich müsste es auch in diesem Falle dem Schuldner nicht schaden, wenn er die Frist in Untätigkeit verstreichen lässt.[3]

Die verschiedenen Ansichten wurden hier wiedergegeben, weil dieselben Erwägungen, welche in diesem Punkte über B. G. B. § 326 angestellt werden, auch für S.O.R. Art. 122 gelten dürften. Eine B.G.E. liegt noch nicht vor. Wenn das B.G. sagt, solange der Gläubiger keine Frist gesetzt habe, sei ihm der Rücktritt nicht gestattet, so dachte es in erster Linie daran, dass der Gläubiger ohne Fristsetzung sofort nach Eintritt des Verzugs den Rücktritt erklärt. Zweifelhaft ist, ob es damit auch den hier in Frage stehenden Fall entscheiden wollte.

Der Gläubiger kann die Frist selbst bestimmen oder durch eine zuständige Behörde ansetzen lassen. Diese Wahl kennt der Code civil nicht. Nach C.c. Art. 1184 ist nur das Gericht dazu ermächtigt, weil nur es den Vertrag lösen kann. B.G.B, § 326 nennt nur die Fristbestimmung durch den Nichtsäumigen, doch hat dieser, wenn er auf Erfüllung klagt, gemäss C.P.O. § 255 das Recht zu verlangen, dass das Gericht die Frist bestimme, mit deren Ablauf er die Rechte aus § 326 geltend machen kann.[4] Bietet die Fristsetzung durch die zuständige Behörde Gewähr, dass sie angemessen sei, oder kann sie der Richter als zu kurz erklären? Diese Frage wird verschieden

[1] Staub Exk. zu § 374 Anm. 83. Makower 1212. Lehmann, Kommentar zum H.G.B. § 376 Nr. 35, Düringer u. Hachenburg, Kommentar 2^{144} J. W. 02 Beilage 196, 04,92 ^{11}. Die Entscheidung in R.G. 56^{234} scheint sich dieser zweiten Ansicht anzuschliessen.

[2] Staub Exk. zu § 374 Anm. 8.

[3] Vgl. oben S. 65. Diese Konsequenz zieht Makower, nicht dagegen Staub.

[4] Planck, B.G.B. § 326, 2 c.

beantwortet. Haberstich[1] lässt eine Korrektur durch den Richter zu: „Damit die von der Behörde bestimmte Frist für einen spätern Prozess massgebend sei, müsste eine Einvernahme des säumigen Teils und eine Prüfung der Sache (causae cognitio) vorausgehen, resp. die Verfügung der Behörde den Charakter der Rechtskraft in Anspruch nehmen können. Das ist nur der Fall, wenn vor dem Richter kontradiktorisch verhandelt wurde. Auf einseitiges Ansuchen und vielleicht unter Verschweigung der massgebenden Umstände bestimmte Fristen haben diese Eigenschaft nicht anzusprechen.“ Dieser Ansicht ist nicht beizutreten. Wozu denn die behördliche Fristsetzung, wenn sie dem Gläubiger keine Sicherheit bietet? Es soll ihm damit doch nicht blos unnütze Mühe verursacht werden. Die Behörde ist verpflichtet, den Sachverhalt vorher zu prüfen.[2] Wer die zuständige Behörde ist, bestimmt das kantonale Recht. Nach Ablauf der Frist ist der Vertrag aufgelöst, eine besondere Rücktrittserklärung ist jetzt nicht mehr erforderlich.[3]

§ 6. Rücktritt wegen Verzuges mit einem Teil der Leistung.

Das S.O.R. schweigt über den Fall, wo der Schuldner mit einem Teil seiner Leistung in Verzug gerät. Daraus ist geschlossen worden, bei teilweisem Verzug sei der Rücktritt vom ganzen Vertrage ausgeschlossen.[4] Wir können dieser Auffassung nicht beipflichten.

[1] Haberstich Handbuch 1 231.

[2] Ebenso: Schindler, Rücktrittsrecht S. 35, Schneider und Fick, zu Art. 122, Vogt, Anleitung S. 47. „Die selbstangesetzte Frist kann als zu kurz gemessen vom Gerichte angesehen werden, und die Folgen davon fallen dann dem mahnenden Gläubiger auf, die richterliche Fristbestimmung schützt ihn gegen solche Konsequenz.“ Rossel a. a. O. 182. „Le délai déterminé par l'autorité couvre absolument celui des co-contractants qui invoque l'article 122.“

[3] Vgl. unten § 7.

[4] Schindler a. a. O. S. 37. „Der Gläubiger kann wegen blos teilweiser

Bietet der Schuldner nur teilweise an, dann darf der Gläubiger die Teilleistung zurückweisen gemäss S.O.R Art. 78 (B.G.B. § 266), jenen für die ganze Leiſtung in Verzug bringen, eine Nachfriſt unter Androhung der Vertragsauflöſung ſetzen und nach Friſtablauf vom Vertrage zurücktreten. Nimmt er die Teilleiſtung an, dann kommt der Schuldner mit dem Reſt in Verzug, und dem Gläubiger ſteht bei teilbaren Leiſtungen das Rücktrittsrecht hinſichtlich dieſes Reſtes zu. Das iſt, weil ſelbſtverſtändlich, im Geſetze nicht beſonders ausgeſprochen.[1] Darüber ſind die Meinungen nicht geteilt, daß ein teilweiſer Rücktritt möglich iſt. Der Streit dreht ſich um die Frage, ob

Erfüllung nicht vom Vertrage selbst, dem ganzen, zurücktreten, sofern er sich dieses Recht bei Annahme von Teilleistungen nicht etwa vorbehalten hat."

Weissenbach, Die Schadenersatzpflicht aus Verträgen nach S.O.R. S. 18. „Der richtigen Ansicht nach muss aber dieses Rücktrittsrecht auf die Fälle eingeschränkt bleiben, wo der Schuldner mit der ganzen Leistung im Verzug ist, und darf dann nicht angewendet werden, wenn ein Verzug nur hinsichtlich eines Teils der Vorleistung vorliegt, weil die Erfüllung inbezug auf das Quantum oder die Qualität eine ungenügende war."

Rossel a. a. O. S. 182,187. „L'exécution partielle ou imparfaite est acceptée et alors le débiteur n'est en demeure que pour le surplus, n'est exposé que dans ces limites aux effets de la demeure, notamment au droit de résiliation."

Es scheint, dass Hafner (Art. 124 Note 1) die Möglichkeit eines Rücktritts vom ganzen Vertrage zugibt: „Ist die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten teilbar, so wird der Rücktritt vom Vertrage nur bezüglich des vom andern Kontrahenten nicht erfüllten Teils des Vertrages erfolgen können."

[1] Auch das B.G.B. äussert sich hierüber nicht ausdrücklich, während das allgemeine deutsche H.G.B. in Art. 359 bestimmte: „Wenn in den Fällen der Artt. 354, 355, 357 sich aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Vertrages, aus der Absicht der Kontrahenten oder aus der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes ergibt, dass die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten teilbar ist, so kann das Abgehen des einen Kontrahenten von dem Vertrage nur in betreff des von dem andern Kontrahenten nicht erfüllten Teils des Vertrages erfolgen." Unter denselben Voraussetzungen, aber auch nur unter diesen wird noch heute sowohl nach B. G. B. als nach S.O.R. ein teilweiser Rücktritt gestattet sein. Ebenso: Titze, die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, 1900 S. 188.

wegen Teilverzuges Rücktritt vom ganzen Vertrage, alſo auch bezüglich des geleiſteten Teils geſtattet ſei. Es wäre eine Härte und dem Verkehr hinderlich, wenn mit der Annahme einer Teilleiſtung das Recht auf Rücktritt vom ganzen Vertrage ſchlechthin erlöſchen würde. Wir ſind nicht gezwungen, das Schweigen des Geſetzes in dieſem Sinne auszulegen, ſondern können durch analoge Anwendung der Vorſchriften über die Wandelung ein Recht zum Rücktritt vom ganzen Vertrage wegen teilweiſen Verzuges konſtruieren. In Betracht kommt Art. 255 S.O.R.:

„Sind von mehreren zuſammen verkauften Sachen oder von einer verkauften Geſamtſache blos einzelne Stücke fehlerhaft, ſo kann nur rückſichtlich dieſer die Wandelung verlangt werden.

Laſſen ſich jedoch die fehlerhaften Stücke von den fehlerfreien ohne erhebliche Verletzung der Intereſſen, ſei es des Käufers, ſei es des Verkäufers, nicht trennen, ſo muß die Wandelungsklage ſich auf den geſamten Kaufgegenſtand erſtrecken.“

Darin liegt zweierlei:

Wenn die Wandelung rückſichtlich eines Teils die Intereſſen des Verkäufers verletzen würde, dann iſt der Käufer verpflichtet, die Wandelung mit allen Sachen vorzunehmen. Würde aber durch teilweiſe Wandelung der Käufer in ſeinen Intereſſen geſchädigt, dann iſt er berechtigt, den ganzen Vertrag rückgängig zu machen. Beiden Vorſchriften liegt der Gedanke zu Grunde, daß Leiſtungen, welche nach der Abſicht der Parteien oder vermöge ihrer natürlichen Beſchaffenheit eine Einheit darſtellen — nur um ſolche handelt es ſich nicht getrennt werden ſollen. Die Intereſſen der beiden Kontrahenten werden bei untrennbaren Sachen meiſt in der gleichen Richtung laufen. Es gereicht gewöhnlich beiden zum Nachteil, wenn nur teilweiſe erfüllt wird. Es ſind aber Fälle denkbar, wo die Intereſſen ſich widerſtreiten, und dann ſchützt Art. 255 nicht blos die Intereſſen des Käufers, ſondern ausdrücklich auch diejenigen des Verkäufers.

Iſt die Leiſtung teilbar, ſo wird durch teilweiſen Rücktritt weder ein Intereſſe des einen noch des andern Kontrahenten verletzt. Der Gläubiger hat daher bei teilbaren Leiſtungen nicht das Recht, wegen Teilverzuges vom ganzen Vertrage zurückzutreten. Davon iſt auszugehen. Der Nichtſäumige kann wegen Teilverzuges nur von dem noch nicht erfüllten Teil des Vertrages zurücktreten. Wenn jedoch der teilweiſe Rücktritt ſeine Intereſſen verletzt, m. a. W. wenn die teilweiſe Erfüllung für ihn kein Intereſſe hat, dann iſt er berechtigt, vom ganzen Vertrage zurückzutreten.[1]

Gleichgültig iſt, ob die teilweiſe Erfüllung vor oder nach Setzung der Nachfriſt bewirkt worden iſt. Entſcheidend iſt, daß der Schuldner bis zum Ablauf der Friſt ſeine Leiſtung nur teilweiſe bewirkt hat.[2] Nun kann der Gläubiger ſofort zurücktreten, ohne eine Nachfriſt zu ſetzen (Art. 125 S.O.R.), denn wenn die Teilleiſtung für ihn ohne Intereſſe iſt, ſo iſt der ganze Vertrag infolge Verzuges nutzlos geworden.[3]

Beiſpiel: B kauft von A ein Pferdepaar. A liefert ein Pferd und kommt mit dem andern in Verzug. B hat das eine Pferd angenommen in der beſtimmten Erwartung, das andere werde ihm nachgeliefert. Es liegt ihm daran, ein ſchönes Pferdepaar, nicht ein einzelnes Pferd zu erhalten. Man wird ihm nicht zumuten, das eine Pferd zu behalten, wenn er nicht auch das zweite bekommen kann.

oder B kauft von A ein Farbenſortiment von Waren.[4] Wenn A die kuranten Farben nicht liefert, kann B, auch wenn er die übrigen Farben ſchon angenommen hat, nicht gezwungen

[1] Vgl. B.G.B. § 326 Abs. 1 Satz 3. Ähnlich Z. b. J. V. 42 41. „Das ſchweiz. O.R. enthält keine dieſe Frage ausdrücklich löſende Beſtimmung, allein aus Art. 255 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 78 O.R. ergiebt ſich doch ſoviel, daſs der Beſteller nur dann wegen Nichtlieferung eines Teils der gekauften Sache vom ganzen Kaufvertrag zurücktreten kann, wenn er ein weſentliches Intereſſe an der gänzlichen Erfüllung des Kaufvertrages, alſo an der Untrennbarkeit der Kaufſache beſitzt."

[2] Vgl. Staub Exk. zu § 374 Anm. 127, Schollmeyer § 326 S. 212, 213 R.G. 50 141.

[3] Makower 1206, Staub Exk. zu § 374 Anm. 134.

[4] Staub Exk. zu § 374 Anm. 132.

werden, sie zu behalten, denn es handelt sich um eine nicht trennbare Leistung.

Der Gläubiger hat unter Umständen trotz Unteilbarkeit der Leistung ein Interesse an teilweisem Rücktritt. Der Nachweis dieses Interesses nützt ihm nichts, wenn er durch die Trennung die Interessen des Verkäufers verletzen würde. Beispiel: Das einzelne Pferd kostet 1500 Fr., das Paar dagegen 5000 Fr. Würde man B den teilweisen Rücktritt gestatten, dann erlitte A einen Schaden von 2000 Fr., vielleicht ohne daß ihn ein Verschulden trifft.

oder A ist im Verzug mit Farben, welche B nicht gebrauchen kann, welche dieser aber kaufen mußte, um die andern zu erhalten. Tritt er zurück nur bezüglich der ausstehenden, unkuranten Farben, dann wird A geschädigt, denn auch in seiner Hand sind diese für sich allein nutzlos.

oder von meiner Wachtischgarnitur zerbricht ein Krug. Da ich sie wieder ergänzen möchte, jedoch einzelne Stücke nicht erhalte, bin ich genötigt, die gleiche Garnitur vollständig anzuschaffen. Der Verkäufer schickt mir der raschen Erledigung halber den Krug allein voraus. Aus irgend einem Grunde verzögert sich die Versendung der übrigen Stücke. Der Verkäufer kommt in Verzug. Das ist mir sehr willkommen. Ich setze eine Nachfrist mit Androhung des Rücktritts, und nach Ablauf der Frist erkläre ich, die noch rückständigen Gegenstände nicht mehr anzunehmen.

Eine solches Verfahren widerspricht Treu und Glauben, und Art. 255 S.O.R. gewährt dagegen Schutz. In allen diesen Beispielen kann der Schuldner verlangen, daß sein Gegner entweder überhaupt nicht oder dann vom ganzen Vertrage zurücktrete. Wie es wegen Teilverzuges einen Rücktritt vom ganzen Vertrage nur bei den Leistungen gibt, welche eine Einheit darstellen, ebenso kann man teilweise nur von solchen Verträgen zurücktreten, welche teilbare Leistungen zum Gegenstande haben.[1] Unrichtig sagt Planck, der Vertrag müsse ein in der

[1] Ebenso nach B.G.B. Titze, a. a. O. Ein teilweises Rücktrittsrecht sei nur dann zuzulassen, „wenn sich aus den Umständen, insbesondere

Art teilbarer sein,[1] daß es sich sachlich um zwei selbständige Verträge über den möglich gebliebenen und über den unmöglich gewordenen Teil der Leistung handelt. Vielmehr ist Schollmeyer[2] beizupflichten, daß es sich auch sachlich um einen Vertrag handle, dessen Inhalt aber nach der übereinstimmenden Absicht der Vertragschliessenden oder nach der Sitte des Verkehrs nicht als ein untrennbares Ganzes zu behandeln sei.

Unter die Bestimmungen über Teilverzug fällt nach der herrschenden Meinung auch das **Sukzessivlieferungsgeschäft,** d. h. das Geschäft, bei welchem in einem einheitlichen Vertrage ratenweise Lieferung vereinbart ist. Die Ansichten gehen aber auseinander bei der Frage, welche Rechte dem Gläubiger bezüglich der noch nicht fälligen Raten zustehen.

Weil der Schuldner verpflichtet ist, jeweilen nur eine Rate zu leisten, m. a. W. weil die verschiedenen Raten verschiedene Fälligkeitstermine haben, kann der Schuldner jeweilen nur mit einer einzelnen Rate, nie gleichzeitig mit mehreren oder gar mit der ganzen Leistung in Verzug kommen. Dies ist nur sukzessiv möglich. Da jede Rate ein Teil der Gesamtleistung ist, so sagt man, Verzug mit einer Rate sei Teilverzug. Er berechtigt nur zum Rücktritt bezüglich dieser Rate und gibt nicht schlechthin das Recht zum Rücktritt vom ganzen Vertrage. Dieses hat der Nichtsäumige nur dann, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn ohne Interesse ist (B.G.B. § 326 Abs. 1 Satz 3). Dann wird auch B.G.B. § 326 Abs. 2 resp. S. O. R. Art. 125 zutreffen, sodass Fristsetzung und Androhung der Annahmeablehnung überflüssig sind.[3] Wenn auch der Gegenstand des Sukzessivlieferungskaufes regelmäßig objektiv teilbare Sachen sind, so wird der Käufer doch oft imstande

aus der Natur des Vertrages, aus der Absicht der Kontrahenten oder aus der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes ergiebt, dass die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten teilbar ist."

[1] Plank, Kommentar § 325 3c.

[2] Schollmeyer § 325 S. 209.

[3] Makower S. 1208. Düringer und Hachenburg, Kommentar 2 174,331 Jacobi in Gruchot 50237.

ſein, den Beweis mangelnden Interesses zu erbringen,[1] z. B. es iſt ihm wegen teilweiſe verſpäteter Lieferung unmöglich geworden, seine Abnehmer zu befriedigen. Sie haben auf die Ware verzichtet und außerdem Schadenerſatz verlangt. Dagegen wird der Verkäufer selten in der Lage sein darzutun, daß die teilweiſe Erfüllung, d. h. die bereits erhaltenen Ratenzahlungen für ihn kein Intereſſe haben. Zu weit ſcheint Jacobi[2] zu gehen, der den Tatbestand von B.G.B. § 325 Abs. 1 Satz 2 schon dann annimmt, wenn dem Gläubiger „beim Vorliegen eines einzelnen Verzugsfalles billiger Weise nicht mehr zugemutet werden kann, noch die weiteren Ratenlieferungen abzuwarten."

Teilverzug liegt nicht blos dann vor, wenn schon einige Raten geleistet sind, sondern — und dadurch unterscheidet sich der Verzug beim Ratenleistungsgeschäft vom gewöhnlichen Teilverzug — auch dann, wenn noch gar nichts geleistet ist. Makower[3] zieht diese zweifellos richtige Konsequenz der eben geschilderten Auffassung vom Verzug beim Sukzessivlieferungsgeschäft. Damit widerspricht er aber dem Gesetze, denn dieses setzt voraus, dass bis zum Ablauf der Frist ein Teil der Leistung bewirkt ist. (B.G.B. § 326 Abs. 1 Satz 3.)[4] Dieser Widerspruch ist notwendig, da der ganzen Theorie eine falsche Voraussetzung zu Grunde liegt. Weil jede Rate ein Teil der Gesamtleistung ist, sei Verzug mit einer einzelnen Rate Teilverzug. Das ist ein Trugschluss. Von Teilverzug redet man dann, wenn der Schuldner am Verfalltag nur einen Teil der Leistung bewirkt, obwohl er zur ganzen Leistung verpflichtet ist. Es ist aber nur je eine Rate Gegenstand der dem Schuldner am Verfalltag obliegenden Leistung. Bleibt diese Rate aus, dann ist er mit seiner

[1] Müller in Gruchots Beiträgen 50 526 glaubt, durch das Erfordernis der Interesselosigkeit würde die Verwendbarkeit des § 326 Abs. 1 illusorisch gemacht.

[2] Gruchot 50 240.

[3] Makower, Kommentar S. 1208.

[4] Ebenso R.G. 58 421: „Der Satz 3 des § 326 Abs. 1 setzt somit voraus, dass die Leistung, rücksichtlich deren die Frist bestimmt ist, teilweise bewirkt ist."

ganzen ihm am Verfalltag obliegenden Leistung im Verzuge, er ist nicht im Teilverzug. Er hat seine Verpflichtung gänzlich, nicht blos teilweise nicht erfüllt.[1] Nur im Hinblick auf die dem Schuldner nach dem Vertragsinhalt überhaupt auferlegte Verpflichtung ist die Rate Teilleistung, nicht aber mit Bezug auf die fällige Verpflichtung. Teilverzug liegt nur dann vor, wenn blos ein Teil der fälligen Rate geleistet wird.

Schwierigkeiten ergeben sich, wenn diese theoretischen Erwägungen die Feuerprobe der Praxis bestehen sollen. Da der Schuldner durch Nichterfüllung der Rate mit seiner ganzen fälligen Leistung in Verzug kommt, tritt der Gläubiger wegen Ganzverzuges vom Vertrage zurück. Einem Rücktritt nur bezüglich dieser Rate steht die Tatsache entgegen, dass nur ein Vertrag geschlossen wurde. Da der Gläubiger theoretisch vom ganzen Vertrage und nicht blos teilweise zurücktritt, würde die Möglichkeit des Rücktritts hinsichtlich einer Rate bedeuten, dass das Sukzessivlieferungsgeschäft aus mehreren selbständigen Verträgen bestehe. Das ist aber nicht der Fall. Folglich wäre unter dem Rücktritt vom Vertrage zu verstehen ein Rücktritt bezüglich aller Raten, der fälligen und der nicht fälligen. Das ist jedoch nicht vereinbar mit S.O.R. Art. 122 resp. B.G.B. § 326, denn es ist klar, dass hier der Rücktritt vom ganzen Vertrage nur dann gestattet wird, wenn der Schuldner mit der ganzen Leistung, zu welcher ihn der Vertrag überhaupt verpflichtet, in Verzug kommt. Diese Leistung deckt sich regelmässig mit der ihm am Verfalltage obliegenden Leistung. Nur das Sukzessivlieferungsgeschäft macht eine Ausnahme, und diese hat das Gesetz zu berücksichtigen versäumt. Die Bestimmungen über den Rücktritt wegen Verzuges erweisen sich als ungenügend für das Ratenleistungsgeschäft. Vom Standpunkt des Verzuges aus ist nach diesen Erörterungen grundsätzlich jedenfalls davon auszugehen, dass Verzug mit einer Rate nicht zum Rücktritt vom ganzen Ver-

[1] Auch Müller a. a. O. 50 511 gibt zu, dass nicht eine Teilleistung im Sinne des § 266 B.G.B. vorliege, wenn der Verkäufer die fällige Rate liefert.

trage berechtigt, sondern nur zum Rücktritt bezüglich der Rate.[1] Das ist hinsichtlich der fälligen Leistung gänzlicher, hinsichtlich der vollen Vertragsleistung teilweiser Rücktritt.

Zu dem soeben zurückgewiesenen Ergebnis, wegen Verzugs mit einer Rate Rücktritt vom ganzen Vertrage zu gestatten, kommen Staub u. A.[2] auf einem andern Wege. Da nur ein einheitlicher Vertrag vorliege, bedeute ein Verzug mit der ersten Rate einen Verzug mit der ganzen Leistung und nicht nur mit der fälligen Rate. Deshalb sei der Gläubiger berechtigt, auf Grund dieses Verzugs vom ganzen Vertrage zurückzutreten und nicht blos rücksichtlich der ersten Rate, und zwar ohne beweisen zu müssen, dass die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse habe. Ist schon ein Teil der Leistung, d. h. sind schon einige Raten geleistet, und kommt der Schuldner mit einer folgenden Rate in Verzug, dann ist er mit dem ganzen Rest in Verzug und kann bezüglich dieses Restes zurücktreten. Rücktritt auch von den geleisteten Raten ist nur dann gestattet, wenn die teilweise Erfüllung für den Gläubiger ohne Interesse ist. Die Androhung muss erkennen lassen, dass nicht nur die fällige Rate, sondern überhaupt jede künftige Leistung abgelehnt wird, da im Zweifel die Androhung sich nur auf die fällige, nicht auf alle künftigen Raten bezieht.[3]

Die Fiktion ist auf den ersten Blick zu erkennen. Um mit der ganzen Leistung in Verzug zu kommen, ist erforderlich, dass die ganze Leistung fällig sei. Ohne Fälligkeit kein Verzug. Es ist aber nur die Rate fällig. Wenn trotzdem behauptet wird, es liege Verzug mit der ganzen Leistung vor, so wird

[1] Die Beschränkung des Rücktritts bezüglich der einzelnen Rate lässt auch Müller zu (a. a. O. 50 517), obgleich auch nach seiner Ansicht das nicht unmittelbar aus dem Gesetze folgt. Der Käufer habe aber wegen Nichterfüllung einer Rate seitens des Verkäufers die Rechte aus § 326 ausserdem im Rahmen des übrigen einheitlichen Vertrages (vgl. Staubs Ansicht S. 77.) Auch das ergibt sich m. E. nicht aus dem Gesetz, und diese beiden Lösungen werden kaum nebeneinander bestehen können.

[2] Staub, Exk. zu § 374 Anm. 135 ff. Lehmann, Kommentar § 376 Nr. 69, Müller, Gruchot 50 517.

[3] Staub, Exk. zu § 374 Anm. 137 R.G. 61 131.

eben in unzulässiger Weise die Fälligkeit auch der übrigen Raten fingiert. So müssen beide Versuche, wegen Verzuges mit einer Rate den Rücktritt vom ganzen Vertrage zuzulassen, fehlschlagen, aber nicht aus dem gleichen Grunde. Dort wegen mangelnder Bestimmungen im Gesetz, das die Besonderheiten des Sukzessivlieferungsvertrages nicht berücksichtigt, hier weil die Voraussetzung, es liege Verzug mit der ganzen Leistung vor, unrichtig ist.

Aber das Bedürfnis, an den Verzug mit einer Rate den Rücktritt vom ganzen Vertrage zu knüpfen, besteht in gleicher Weise wie bei der Wandelung. Die deutsche und schweizerische Praxis sind diesem Bedürfnis entgegengekommen.[1] Während in R.G. 17 [61] nur ausgesprochen wird, es sei der Erwägung bedürftig, ob der Gläubiger wegen Verzugs des Schuldners mit einer oder mehreren Raten die daraus entspringenden Rechte auch bezüglich der übrigen Raten habe, wird in andern Entscheidungen diese Frage schlechthin bejaht. In R.G. 58 [422] wird ausgeführt, dass schon der Verzug mit der Leistung einer einzelnen Rate hinreichen könne, das Vertrauen auf die Sicherheit und Pünktlichkeit der Leistung späterer Raten und damit die Grundlage des ganzen Vertrages zu erschüttern. Dem ist nur beizustimmen. Es ist ferner richtig, „dass es sich um Verträge von rechtlich einheitlicher Natur handelt und zugleich um Geschäfte, die auch wirtschaftlich für die Vertrag-

[1] Bl. f. z. R. 5 [244] Nr. 176: „Nach der Gerichtspraxis gibt beim Ratenverkauf der Verzug und vom Verkäufer mit Bezug auf eine fällige Rate erklärte Erfüllungsverweigerung dem Käufer auch das Recht zur Auflösung des ganzen Vertrages."

Bl. f. z. R. 1 [181] „Im übrigen hätte es wohl aber genügt, wenn die Kläger, die in Raten, nach Massgabe der beklagtischen Spezifikation vom Januar 1901 zu liefern hatten, zunächst eine erste Partie der Ware angefertigt und diese der Beklagten zur Verfügung gestellt hätten; wären sie hiefür nicht bezahlt worden, so hätten sie die Beklagte gemäss Art. 122 S.O.R in Verzug setzen und alsdann den Vertrag im ganzen nach Art. 124 auflösen und Schadenersatz verlangen können."

R.O.H.G. 2 [86], 9 [59], 13 [78,104], 16 [193,202]. R.G. 39 [58], 58 [419], 61 [130]. J.W. 96, 153 [38], 03, 186 [41]. Bolze 5 Nr. 658, 7 Nr. 578, 9 Nr. 407, 20 Nr. 511, 22 Nr. 430.

schliessenden von besonderer Bedeutung zu sein pflegen.“ So treffend diese Worte die Notwendigkeit eines vollständigen Rücktritts zeichnen, so vermögen sie doch nicht über den Mangel juristischer Begründung hinwegzutäuschen.

Bei der Wandelung gilt in Theorie und Praxis der Grundsatz, dass wegen Mangelhaftigkeit einer einzelnen Rate der Käufer nur bezüglich dieser wandeln könne. Doch macht die Rechtssprechung eine Ausnahme, wenn sich ergibt, dass der Verkäufer überhaupt ausser stande ist, vertragsgemässe Ware zu liefern oder wenn „aus den begleitenden Umständen insbesondere aus dem Verhalten des Verkäufers hervorgeht, dass derselbe überhaupt nicht den Willen hat, vertragsgemäss zu liefern.“[1] Der Käufer braucht nicht erst jede Lieferung abzuwarten und bezüglich jeder einzelnen besonders Wandelung zu verlangen. Es wäre in der Tat höchst unpraktisch und grausam, dem Käufer zuzumuten, dass er sich vielleicht ein ganzes Jahr lang die Zusendung mangelhafter Ware gefallen lassen und sie jedesmal untersuchen müsse.

Es ist zweifellos ein richtiges Gefühl, welches die Praxis veranlasste, in solchen Fällen zu gestatten, dass der ganze Vertrag rückgängig gemacht werde, aber es blieb beim Gefühl, sie hat keine juristische Begründung dafür gegeben. Mit dem Auftauchen des Begriffes der positiven Vertragsverletzung glaubt man sie gefunden zu haben. In B.G.B. § 326 sei der Ausspruch eines allgemeinen Rechtssatzes für schuldhafte oder aus andern Gründen zu vertretende Nichterfüllung gegenseitiger Verträge in der besondern Anwendung auf den Verzug zu finden, und die in § 326 ausgesprochenen Rechte seien zu gewähren, wenn durch die positive Vertragsverletzung die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet sei. Der Hauptanwendungsfall liege vor, „wenn bei einem Sukzessivlieferungsgeschäfte in einer Weise andauernd mangelhaft geliefert wird, welche die Annahme rechtfertigt, es sei nicht zu erwarten, dass künftig anders geliefert werde und danach durch einen vom Verkäufer zu ver-

[1] B. G. E. 26 II 716, 22 507, H. E. 19 286, Bl. f. z. R. 4 Nr. 71 S. 113, 5 Nr. 20 S. 23. Curti, Handelsrecht S. 36.

tretenden Umstand die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet ist.“[1]

Es liegt nahe, sich dieser Rechtssprechung in analoger Weise auch dann zu bedienen, wenn der Schuldner mit einer Rate in Verzug kommt. Stehen doch Mängelrüge und Verzug in so engem Zusammenhange, dass der Käufer die Wahl hat, jene geltend zu machen, oder die Ware als vertragswidrig zurückzuweisen und den Verkäufer in Verzug zu setzen.[2] Nicht nur wenn der Verkäufer eine Rate mangelhaft anbietet, auch wenn er oder der Käufer zur Zeit der Fälligkeit gar nicht leistet und nach Voraussicht auch bei den übrigen Raten pünktliche Lieferung nicht wird einhalten können oder wollen, ist der Rücktritt auch von den noch nicht fälligen Raten zuzulassen. Die Einschränkungen sind hier ebenso um Platze wie bei mangelhafter Lieferung. Mit Recht hebt Jacobi[3] hervor, dass zwischen R.G. 54^{98} und 58^{410} ein Widersdruch bestehe. Bei mangelhafter Lieferung einer Rate ist Bedingung für den Rücktritt vom ganzen Vertrage, dass die Lieferung andauernd schlecht ausfällt und dadurch die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet wird, während beim Lieferungsverzug der Käufer dieses Recht ohne weiteres haben soll. So wenig die Auflösung des ganzen Vertrages wegen Mangelhaftigkeit einer Rate sich durch Art. 255 S.O.R. rechtfertigen lässt, ebensowenig kann man den Rücktritt vom ganzen Vertrage wegen Verzuges mit einer Rate auf Art. 122 stützen. Das wird in den Urteilen nicht hervorgehoben. Es ist daran festzuhalten, dass der Schuldner immer nur mit derjenigen Rate, welche er gerade zu leisten verpflichtet ist, in Verzug kommt und nicht auch mit den übrigen, denn diese sind noch nicht fällig. Die Weigerung, die betreffende Rate zu leisten, bewirkt keineswegs die Fälligkeit der übrigen Raten, wie ja auch beim Nichtsukzessivlieferungsgeschäft die vor der Fälligkeit erklärte Erfüllungsverweigerung die Fälligkeit nicht

[1] R.G. 57^{115}.

[2] Vgl. § 9.

[3] Gruchot 50^{242}.

vorzeitig herbeiführt.[1] Aber wie dort ein Rücktrittsrecht vor Eintritt des Verzuges eine dringende Notwendigkeit ist, so muss auch Verzug mit einer Rate den vertragstreuen Teil unter Umständen zum Rücktritt vom ganzen Vertrage berechtigen. Wie dieses Recht zu konstruieren ist, ob eine positive Vertragsverletzung vorliege,[2] das zu untersuchen geht, wie schon erwähnt, über die Grenzen dieser Arbeit hinaus. Hier soll nur das Negative festgestellt werden, dass die unmittelbare Anwendung der Bestimmungen über den Verzug nicht zu diesem Resultat führt.

§ 7. Das Wahlrecht des Gläubigers.

Nach römischem und gemeinem Recht konnte der Nichtsäumige nur auf Erfüllung und Schadenersatz wegen Verspätung klagen. Ein Rücktrittsrecht hatte er nur in den auf Seite 45/46 genannten Fällen. Im alten H.G.B. bekam der Käufer in Art. 355 ein dreifaches Wahlrecht:

1. Recht auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung.

2. Recht auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung an Stelle der Erfüllung.

3. Rücktrittsrecht.

Nach B.G.B. § 326 hat nicht blos der Käufer diese Wahl, sondern stets der nichtsäumige Teil und zwar bei allen gegenseitigen Verträgen.

Das S.O.R. gibt dem Gläubiger gegen den im Verzug befindlichen Schuldner zwei Mittel:

1. Recht auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung (Art. 110). Der Schuldner kann sich nicht befreien durch den Nachweis, er habe den Untergang der Sache nicht verschuldet, denn er haftet für Zufall, weil er

[1] Oben S. 34.

[2] Auf diesen Standpunkt stellt sich Staub in seiner Schrift: Positive Vertragsverletzungen S. 23.

im Verzuge ist (Art 118), wohl aber wenn ihm der Nachweis eines der im Abs. 2 des Art. 118 enthaltenen Entschuldigungsgründe gelingt.

2. Rücktrittsrecht. Der Säumige vermag den Rücktritt durch Beweis seiner Nichtschuld am Verzuge nicht zu hindern.

Es ist eine viel umstrittene Frage, ob der Gläubiger auch noch ein drittes Recht habe: das Recht auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Vogt[1] findet diese Klage unentbehrlich, und zweifelnd fragt er: „Wird es gelingen, sie in das Gesetz hineinzuschmuggeln?“ Weissenbach[2] meint, für die Ausschliessung dieser Klage sei ein zwingender Grund nicht vorhanden. Hafner[3] hegt Bedenken gegen die Zulassung: „Sehr zweifelhaft ist aber, ob nach unserm Recht dieser Anspruch zulässig sei oder dem nicht säumigen Teil nur die Wahl zwischen der Klage auf Erfüllung mit Schadenersatz und dem Rücktriit mit den in Art. 124 bezeichneten Folgen eröffnet sei.“ Da das S. O. R. dem Rücktretenden unter einer bestimmten Voraussetzung eine Schadenersatzklage gewährt, wird er gewöhnlich ebenso gut geschützt sein, wie wenn er Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Aber Weissenbach irrt, wenn er sagt, dass in den Fällen, wo der vertragstreue Kontrahent eine Geldleistung machen muss, die Wirkung dieselbe sei, ob er zurücktrete und Schadenersatz verlange oder ob er Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordere, weil nämlich kompensiert werde.[4] Das trifft nicht immer zu, der Rücktritt kann unter Umständen vorteilhafter sein, wie ein Beispiel von Cosack[5] zeigt: „A verkauft eine Partie Wolle ohne Gewähr für 7500 Mark, gerät

[1] Vogt, Leichtfassliche Anleitung S. 81.

[2] Weissenbach a. a. O. S. 110.

[3] Hafner, Kommentar, Art. 124 Note 2.

[4] Abgesehen davon besteht ein Unterschied in der Beweislast. Bei der Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung muss der Beklagte beweisen, dass ihn keine Schuld treffe (Artt. 110, 118), während es bei der dem Rücktritt sich anschliessenden Klage Sache des Klägers ist, die Schuld des Beklagten zu beweisen.

[5] Cosack B.R. 1 413.

aber in Lieferungsverzug und versäumt auch die Nachfrist. B fordert nun Schadenersatz wegen Nichterfüllung, da er den Wert der Wolle auf 8000 Mark schätzt. In Wirklichkeit ist aber die Wolle so schlecht, dass der Wert blos 5000 Mark ausmacht. Hat B den Kaufpreis bereits bezahlt, so kann er als seinen Schaden nur 5000 Mark liquidieren, muss also 1/3 des Kaufpreises dem säumigen A belassen." Hätte B den Rücktritt gewählt, so würde er 7500 Mark erhalten haben.

Man wird nicht, wie Schindler[1] meint, je nach dem praktischen Resultat die Klage bald gewähren, bald versagen. Vielmehr ist Weissenbach beizustimmen: Entweder muss man die Klage aus Art. 110 allen Kontrahenten neben der Schadenersatzklage beim Rücktritt vom Vertrage zugestehen, oder sie dann für alle Fälle ausschliessen. W. entscheidet sich für ersteres, doch nicht uneingeschränkt. Die Erreichung des Vertragszweckes sei massgebend.[2] Wenn der Gläubiger kein Interesse mehr habe an der Erfüllung, könne er von dem im Verzug befindlichen Schuldner Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Solange müsse der Gläubiger warten. Er könne sich aus dieser Ungewissheit durch den Rücktritt befreien. W. führt zwei Entscheidungen des B.G. an, worin dieses die gleiche Auffassung vertrete. In B.G.E. 15 [359] und 16 [163] wird allerdings aus Artt. 110 ff. auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung erkannt, doch lautet die Begründung in B.G.E. 16 [163]: „Durfte danach der Käufer die durch die Ausfallsmuster vertretene Ware zurückweisen und Lieferung probemässiger Ware verlangen, so ist der Verkäufer, da er diesem Begehren nicht nachkam, gemäss Artt. 110 ff. schadensersatzpflichtig." Nicht weil der Käufer an der Ware kein Interesse mehr hatte — davon ist gar nichts gesagt — sondern weil es ihm unmöglich war die Leistung zu erhalten, durfte er auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung klagen. Die Verweigerung der Erfüllung gilt als Unmöglichkeit.[3] Ebenso verhält es sich in B.G.E. 15 [359]: „Indem die Beklagte diese Dispositionen nicht

[1] Schindler a. a. O. S. 56.

[2] Weissenbach a. a. O. S. 106.

[3] Hafner, Kommentar zu Art. 110 Note 1 a.

befolgt, sondern die Lieferung grundlos verweigert hat, ist sie in Verzug gekommen." Auch hier gewährt das B.G. Schadenersatz wegen Nichterfüllung, nämlich die durch den Deckungskauf enstandene Preisdifferenz. Da feststand, dass es zur Naturalleistung nicht kommen würde, war der Käufer berechtigt, den Deckungskauf vorzunehmen und auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu klagen.

Es ist zu unterscheiden: Ist die Leistung infolge Verzuges nutzlos geworden, so kann nicht einfach auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung geklagt werden. Ist dagegen die Leistung unmöglich geworden, wohin nach S.O.R. auch die Nichteinhaltung des Termins beim Fixgeschäft gehören kann,[1] so gilt folgendes. Nach Art. 110 gibt es eine Klage auf Erfüllung nebst Schadenersatz, und nur wenn die Erfüllung nachträglich unmöglich wird, wobei die Verweigerung der Erfüllung der Unmöglichkeit gleichkommt, oder wenn die nachträgliche Leistung nicht mehr als Erfüllung angenommen werden muss,[2] ist der Gläubiger berechtigt auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu klagen, aber er hat nicht in jedem Fall der nicht gehörigen Erfüllung die Wahl zwischen dieser Klage und der Klage auf Erfüllung nebst Schadenersatz.

Hält man an dieser Auffassung fest, dann dürfte die vorliegende Frage also zu lösen sein. Obwohl der Verzug besonders geregelt ist, haben die Bestimmungen der Artt. 110 ff. doch Gültigkeit, aber die Artt. über Verzug gehen vor. Wenn z. B. Art. 110 sagt, der Schuldner müsse Schadenersatz leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle, so heisst das, zwischen Verschulden und Schaden müsse das Verhältnis von Ursache und Wirkung bestehen. Klagt nun der Gläubiger gegen den säumigen Schuldner auf Schadenersatz wegen

[1] Dem steht entgegen das Merkmal des Verzuges, dass die Leistung nachgeholt werden könne (Vgl. oben S. 28). Deshalb wurde auf S. 46 gesagt, dass ein Verzug beim Fixgeschäft dem Begriffe des Verzuges widerspreche. Im B.G.B. tritt hier § 325 ein. Schollmeyer § 326 S. 213: „Wenn die Versäumung der Leistungszeit gleich der Unmöglichkeit der Leistung ist, was dann zutrifft, wenn die Leistung nur zu der Erfüllungszeit erfolgen konnte, so kommt lediglich § 325 zur Anwendung."

[2] Hafner Art. 110 Note 1a.

Nichterfüllung, so wird dieser nicht frei durch den Nachweis, dass jener direkte Kausalzusammenhang fehle, sondern hier greift Art. 118 ein. Der Schuldner haftet für Zufall. Der Beweis seiner Nichtschuld am Untergange befreit ihn nicht, sondern nur der Nachweis, dass der Verzug ohne jedes Verschulden von seiner Seite eingetreten sei, oder dass der Zufall auch bei rechtzeitiger Erfüllung den Gegenstand der Leistung zum Nachteile des Gläubigers betroffen hätte (Art. 118 Abs. 2). In diesem Sinne steht der Anwendung von Artt. 110 ff. auch auf den Verzug nichts entgegen.[1] Das heisst aber nicht, der Gläubiger könne, wenn seine Interessen es verlangen, auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung klagen statt von dem Vertrage zurückzutreten, sondern die Anwendbarkeit bleibt die gleiche, ob es sich um Verzug oder um eine andere nicht gehörige Erfüllung handle. Man hat auch hier stets davon auszugehen, dass das Primäre die Klage auf Erfüllung und Schadenersatz wegen Verspätung ist und die Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung nur unter bestimmten Voraussetzungen gegeben wird. Zu wünschen ist allerdings, dass der Gläubiger diese Klage auch bei Nutzloswerden der Erfüllung bekommt. Diesem Bedürfnis trägt der Entwurf des revidierten S.O.R. Rechnung, indem er in Art. 1134 Abs. 2 bestimmt: „Ist die nachträgliche Erfüllung nach der getroffenen Abrede ausgeschlossen oder infolge Verzuges für den Gläubiger nutzlos geworden (1132, 1133), so kann er, ohne den Rücktritt zu erklären, auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung klagen."

Sucht man feste Regeln, nach denen im geltenden S.O.R. neben dem Rücktritt die Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung gestattet werden kann, so ist etwa Folgendes zu sagen. Sie ist zulässig

1. bei Unmöglichkeit der Leistung, bevor der Schuldner im Verzuge ist, sofern er den die Unmöglichkeit herbeiführenden Umstand zu vertreten hat (Art. 110).

[1] vgl. Rossel a. a. O. S. 184: „Si la demeure se complique d'une faute, ces articles sont applicables au choix du créancier, l'exécution tardive étant à tout le moins une exécution imparfaite."

2. beim Fixgeschäft, wenn der Schuldner zur Zeit der Fälligkeit nicht leistet.

3. bei Unmöglichkeit der Leistung während des Verzuges.

Bei 2 und 3 tritt die Haftung nicht ein, wenn sich der Schuldner mit Hülfe von Art. 118 Abs. 2 exkulpieren kann.

Aehnliche Gruppen stellt Weissenbach [1] auf, der damit seine Behauptung, der Gläubiger könne diese Klage erheben, wenn er kein Interesse mehr habe an der Erfüllung, selbst einschränkt. Das Nutzloswerden der Leistung ist unter keine dieser Gruppen zu bringen, auch nicht unter die Gruppe Fixgeschäft, welche auch W. nennt, denn es ist oben nachgewiesen worden, dass infolge Verzuges eine Leistung nutzlos werden kann, ohne dass es sich um ein Fixgeschäft handelt.

Das Wahlrecht wird dem Gläubiger gegeben, weil es bald in seinem Interesse ist, zurückzutreten, bald Erfüllung des Vertrages zu verlangen. Wenn die Ware, die er gekauft hat, im Werte sinkt, wird ihm das Rücktrittsrecht erwünscht sein. Ist sie im Preise gestiegen, dann beharrt er auf Erfüllung. Er kann die Wahl hinausschieben. Nur wenn Rücktritt vermutet wird und er Erfüllung will, muss er es unverzüglich mitteilen (Art. 234). Sonst ist er nicht verpflichtet, sich sofort zu entscheiden. Das gilt für alle Rücktrittsfälle, auch für Artt. 123 und 125. Der Entwurf von 1879 verlangte bei Rücktritt vom Fixgeschäft sofortige Anzeige. Art. 131, der mit Art. 123 des Gesetzes identisch war, enthielt folgenden Zusatz: „Er hat jedoch bei Vermeidung der Schadenersatzpflicht den Säumigen von seinem Rücktritt sofort in Kenntnis zu setzen.“ Dieser Satz ist später weggefallen.

Insbesondere kann der Gläubiger, wenn die Leistung nutzlos geworden ist (Art. 125), ruhig warten, bis der Schuldner ihm anbietet. Dann hat er immer noch das Wahlrecht. Der Schuldner kann den Gläubiger weder zur Annahme zwingen, weil er die Nutzlosigkeit schon vorher eingesehen habe, noch

[1] Weissenbach S. 105.

hat er das Recht, die Leistung zu verweigern, weil sie für den Gläubiger nutzlos geworden sei, sondern dieser kann immer noch Erfüllung des Vertrages verlangen. Auf das Rücktrittsrecht hat die späte Erklärung keinen Einfluss, auch wenn der Schuldner nicht wusste, dass die Leistung nutzlos geworden ist. Dagegen kann das Verhalten des Gläubigers berücksichtigt werden bei Berechnung des Schadenersatzes. Zwei Momente können hier dem Gläubiger schaden: Dass er unterlassen hat, den Säumigen auf den aus der Nichterfüllung drohenden ungewöhnlich hohen Schaden aufmerksam zu machen,[1] und dass er seine Rücktrittserklärung hinausgeschoben hat, um einen für die Schadensberechnung ihm günstigen Zeitpunkt abzuwarten. Die Umstände, welche die Leistung zu einer nutzlosen machen, können dem Schuldner unbekannt sein. Er trifft die Anstalten zur Leistung und bietet an. Staub[2] macht darauf aufmerksam, dass das den Anschauungen des Handelsstandes widerstrebe, und er glaubt, dass sich Handelsgebräuche bilden müssen, nach denen dem Schuldner eine Frist zu setzen ist, wenn er die Umstände nicht kannte noch kennen musste, aus denen die Interesselosigkeit der verspäteten Leistung für den Gläubiger folgt.

Beim Mahngeschäft müssen Fristsetzung und Rücktrittsandrohung nicht unmittelbar nach Eintritt des Verzuges erfolgen, sondern es steht dem Gläubiger frei, vorläufig untätig zu bleiben.[3] Auch wo er wegen nicht sofortiger Anzeige das Recht auf Erfüllung verliert (Art. 234), kann er das Rück-

[1] Wenigstens wird in B.G.B. § 254 Abs. 2 diese Unterlassung dem Beschädigten als Verschulden angerechnet. Ob das auch nach S. O. R. gilt, darüber entscheidet das richterliche Ermessen. Auch nach unserem Gesetze (Art. 51 Abs. 2) kann das Verschulden des Beschädigten die Ersatzpflicht mindern. vgl. ferner Cosack, B.R. 1 [409].

[2] Staub, Exk. zu § 374 Anm. 102.

[3] Staub, Exk. zu § 374 Anm. 98. „Nach Eintritt des Verzuges kann die Androhung der Erfüllungsannahmeablehnung der Regel nach jederzeit erfolgen, nicht etwa notwendig in naher Zeit."

trittsrecht später immer noch geltend machen.[1] Bis die Nachfrist abgelaufen ist, bleibt der Schuldner zur Leistung berechtigt, und die Nachfrist beginnt natürlich nicht mit Eintritt des Verzuges, sondern erst mit der Erklärung des Gläubigers. Aber unbegrenzte Freiheit in der Zeit der Ausübung des Wahlrechts wird man ihm nicht gewähren. Wenn sein Verhalten gegen die bona fides verstösst, wird man ihn seines Wahlrechts verlustig erklären und nur noch den Rücktritt zulassen.[2] Im übrigen, d. h. ausser dem Falle des Missbrauchs kann der Gläubiger mit seiner Erklärung grundsätzlich warten, bis ihm die Leistung angeboten wird. Aus seinem Schweigen oder aus seinem Erfüllungsbegehren ist nicht ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht abzuleiten. Art. 263 S.O.R. macht keine Ausnahme. Während beim Fixgeschäft im kaufmännischen Verkehr das Recht auf Erfüllung erlischt, sofern Erfüllung nicht unverzüglich nach Ablauf des Termins verlangt wird (Art. 234), bleibt das in Art. 263 vorgesehene Rücktrittsrecht bestehen, auch wenn der Verkäufer die sofortige Anzeige unterlässt. Regel ist, dass er den „Rücktritt ohne weiters", d. h. ohne Fristsetzung und Androhung der Auflösung sofort anzeige, und zwar bedeutet „sofort": gleich nach Eintritt des Verzuges, nicht etwa: sobald er sich zum Rücktritt entschlossen hat, sollte dies auch ein späterer Zeitpunkt sein. Die verspätete Anzeige verpflichtet ihn zum Schadenersatz, aber nicht unbedingt. Wenn der Käufer fortdauernd im Verzuge

[1] resp. das aus dem Rücktritt sich ergebende Recht auf Rückgewähr der gemachten Leistung und eventuell auf Schadenersatz. (vgl. unten §§ 11, 12.) Der Rücktritt selbst wird vermutet. (vgl. S. 48.)

[2] vgl. Staub Exk. zu § 374 Anm. 98, R.G. 60 346, Cosack B.R. 1 410. Bl.f.z.R. 7 S. 176 Nr. 83. Der Käufer hat während zwei Jahren Erfüllung der rückständigen Lieferungen nicht verlangt. Deshalb müsse angenommen werden, er habe den Vertrag, soweit er noch nicht erfüllt sei, als aufgehoben betrachtet und auf weitere Lieferungen verzichtet. „Denn bei einem Vertrage, der auf Leistung einer Ware mit einem bestimmten Marktwerte gerichtet ist und auf einer zur Zeit des Abschlusses gegebenen Situation des Marktes beruht, ist ein solches Verhalten des Käufers mit einem Fortbestehen des Anspruchs auf Lieferung nicht vereinbar."

ist, muss der Verkäufer auch später ohne weiteres zurücktreten können, ohne sich dadurch schadenersatzpflichtig zu machen. Dass er freiwillig die Leistungszeit des Käufers verlängert, kann ihm doch nicht zum Schaden gereichen. Anders verhält sich die Sache, wenn der im Verzug befindliche Käufer die Zahlung nachträglich anbietet. Zwar ist auch jetzt das Rücktrittsrecht des Verkäufers nicht ausgeschlossen, obwohl der Säumige die Folgen des Verzuges gewöhnlich durch nachträgliche Erfüllung beseitigen kann, aber jener hat Anspruch auf Schadenersatz. Er muss den Käufer in denjenigen Zustand versetzen, in welchem er sich befinden würde, wenn der Verkäufer gleich bei Beginn des Verzuges zurückgetreten wäre. Aus dem Mangel einer dahingehenden Anzeige war er berechtigt zu schliessen, dass der Verkäufer auf Erfüllung beharre, die nachträgliche Leistung annehme. Wenn er in dieser Erwartung getäuscht wird, so trägt der Verkäufer die Schuld daran, und deshalb muss dieser für den daraus entstehenden Schaden aufkommen.[1]

Selbst wenn der Gläubiger auf Erfüllung klagt, hat er damit sein Rücktrittsrecht nicht endgültig aufgegeben.[2] Doch ist zu beachten, dass die Voraussetzungen, welche vor der Klage auf Erfüllung ohne weiteres zum Rücktritt berechtigten (Artt. 123, 125), durch diese Klage dahinfallen. Sie müssen nach der Klageerhebung von neuem eingetreten sein, wenn man auf sie den Rücktritt stützen will. Wie schon bemerkt,[3] hört das Geschäft auf, ein Fixgeschäft zu sein, wenn der Gläubiger, trotzdem er auf Grund von Art. 123 zum Rücktritt berechtigt ist, Erfüllung verlangt. Wählt er nachher doch den Rücktritt, so muss entweder von neuem ein Fixgeschäft ver-

[1] vgl. Hafner, Art. 263 Note 8 und 8a. Bl. f. z. R. 6 85 Nr. 46, 6 250 Nr. 161.

[2] contra: Schindler a. a. O., der sagt, durch die Klage werde die Entscheidung zwischen Erfüllung und Rücktritt eine feste.

pro: Staub, Exk. zu § 374 Anm. 98: „Auch die Klage auf Erfüllung bindet ihn noch nicht an das Recht auf Erfüllung." Zustimmend Schollmeyer § 325 S. 205. Dernburg, B. R. II 1 215. Ebenso für Code civil Stahel, Institutionen des französischen Zivilrechts S. 343.

[3] Oben S. 46.

abredet oder die Erfüllung infolge Verzugs nutzlos geworden sein, damit er ohne weiteres zurücktreten kann.[1] Sonst ist er genötigt, eine Frist zu setzen und den Rücktritt anzudrohen (Art. 122). Entsprechendes gilt für Art. 125.

Beispiel. Der Maskenball ist vom 15. auf den 22. verschoben worden. Das Kleid hätte am 12. geliefert werden sollen. Es war ein Fixgeschäft, und ich war zum Rücktritt berechtigt, als mir das Kleid am 12. nicht gebracht wurde. Klage ich gleichwohl auf Erfüllung und erhalte ich es am 21., dann kann ich nicht zurücktreten, weil es nicht am 12. geliefert worden sei. Wird es mir aber am 23. zugesandt, so kann ich trotz der Erfüllungsklage zurücktreten, aber wiederum nicht gestützt auf Art. 123 (sofern nicht neuerdings ein Fixgeschäft abgemacht war, z. B. am 20. fix), sondern gemäss Art. 125.

Die Wahl ist endgültig getroffen, sobald der Rücktritt erklärt ist. Dann kann Erfüllung nicht mehr begehrt werden, da durch die Rücktrittserklärung der Vertrag aufgelöst ist. Diese Erklärung ist unwiderruflich. Die Rücktrittserklärung ist nur beim bürgerlichen Fixgeschäft (Art. 123) und bei Nutzloswerden der Leistung (Art. 125) nötig, dagegen nicht, wenn in Verbindung mit der Fristsetzung der Rücktritt angedroht wurde. Anderseits ist es unrichtig, wenn das B.G. in Bd. 32 II 458 sagt:

„Nur bei Vermeidung von Schadenersatz ist der Verkäufer nach Art. 263 verpflichtet, den Käufer von seinem Rücktritt sofort in Kenntnis zu setzen, während in Artt. 122 ff. eine solche Anzeige sogar überhaupt nicht verlangt wird."

Nicht in Artt. 122 ff. ist die Anzeige überflüssig, sondern nur in Artt. 122 und 234, während sie in Artt. 123 und 125 unerlässlich ist, denn erst durch die Erklärung wird der Vertrag aufgelöst.[2] Erst jetzt ist der Schuldner über seine Lage im Klaren. Beim Mahngeschäft weiss er schon vom Moment,

[1] Gegen Schindler, der den Rücktritt ohne weiteres gestatten will auf Grund des früher bestandenen Fixgeschäftes.

[2] Dasselbe gilt inbezug auf Art. 263. Mit Recht wird in Bl. f. z. R. 6 85 betont, der Vertrag könne nach Art. 263 gar nicht anders aufgehoben werden als durch Rücktrittserklärung.

wo die Nachfrist zu laufen beginnt, wessen er sich von Seite des Gläubigers zu versehen hat, denn mit Setzung der Frist und Androhung des Rücktritts haben Gläubiger und Schuldner das Recht auf Erfüllung verwirkt, sobald die Frist abgelaufen ist. Während der Frist ist der Schuldner zu leisten berechtigt, wie auch der Gläubiger das Recht hat, die Leistung zu verlangen. Nachher ist der Gläubiger weder berechtigt, Erfüllung zu verlangen, noch verpflichtet, die Leistung anzunehmen, der Schuldner weder verpflichtet, die Erfüllung anzubieten, noch berechtigt, die Gegenleistung zu verlangen. Auch nach B.G.B. § 326 bewirkt der Ablauf der Frist, dass der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen ist. Der Gläubiger hat nur noch die Wahl zwischen Rücktritt und Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Ein solches Wahlrecht besteht nach S.O.R. für den Gläubiger nicht. Er kann nur noch zurücktreten.[1] Die Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung ist ein subsidiäres Rechtsmittel. Aus diesem Grunde und weil ferner mit Ablauf der Frist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen ist, fällt gleichzeitig das Recht auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung weg.[2] Daran ändert auch der Entwurf nichts, denn er gewährt diese Klage dann nicht, wenn der Vertrag bereits aufgelöst ist. (Art. 122, Entwurf 1131.)

Das Recht des Gläubigers, seine Wahl zwischen Erfüllung und Rücktritt hinauszuschieben, kann für den Schuldner sehr fühlbar werden. Er schwebt in Ungewissheit. Durch Erfüllung kann er sich daraus befreien. Dabei riskiert

[1] Das ist auch der Sinn in Bl. f. z. R. 7 145 Nr. 66. „Da der Kläger die gesetzte Frist unbenützt hat verstreichen lassen, so ist damit der Vertrag aufgehoben worden, und es kann nunmehr der Beklagte und Widerkläger nicht mehr Erfüllung, sondern nur noch Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen.“ Damit ist die Klage aus Art. 124 gemeint, denn es heisst weiter: „Die Gutheissung desselben setzt nun allerdings ein Verschulden des Käufers voraus (Art. 124 O. R.).“

[2] Der Wegfall dieser Klage kann auch damit begründet werden, dass mit Verstreichen der Nachfrist, d. h. durch den Rücktritt der Vertrag aufgelöst wird, während er durch die Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung nur eine Umwandlung erfährt.

er aber, dass der Gläubiger nicht annimmt.[1] Schuldner hätte Gelegenheit gehabt, das Kleid an einen andern zu verkaufen, oder er hätte es überhaupt nicht mehr angefertigt, wenn er den Entschluss des andern Teils gekannt hätte, aber da dieser nicht reklamierte, glaubte er, er werde annehmen. Das B.G.B. ermächtigt den Schuldner, dem Gläubiger für die Ausübung des Rücktrittsrechts eine angemessene Frist zu bestimmen, mit deren Ablauf das Rücktrittsrecht erlischt, wenn die Zeit unbenutzt verstrichen ist. (B.G.B. § 355). Das S. O. R. hat einen entsprechenden Art. nicht, aber es kann nicht in seiner Absicht liegen, den einseitig Gebundenen auf lange Zeit in Ungewissheit zu lassen. Beim negotium claudicans hat der gebundene Teil das Recht, dem andern eine angemessene Frist zu setzen, innert welcher die Genehmigung des Vertrages erfolgen muss. (Art. 32 Abs. 2.) Beim Rücktrittsrecht fehlt eine solche Bestimmung. Das Gesetz sagt auch nicht, dass der Gläubiger seine Erklärung abgeben müsse, sobald der Verzug eingetreten sei, aber wenn der Schuldner eine Erklärung verlangt, dann erfordern Treu und Glauben, dass der Gläubiger sich äussere. Die Erklärung muss dieselbe Wirkung haben, wie wenn er sie unaufgefordert abgegeben hätte. Er soll nicht durch langes Warten auf den Schaden des Säumigen spekulieren können.

§ 8. Ausschluss des Rücktrittsrechts.

Im Laufe der Darstellung hat sich ergeben und wird sich weiter zeigen, dass das S.O.R. viele Fragen, die inbezug auf das Rücktrittsrecht in der Praxis auftauchen, nicht direkt beantwortet. Angesichts der kurzen Fassung des S.O.R. kann es nicht die Absicht des Gesetzgebers sein, Rechtsfolgen, deren Eintritt man nach der ganzen Anlage des Gesetzes und nach logischer Schlussfolgerung erwartet, durch sein Schweigen

[1] Ausgenommen den Fall des Art. 122 vom Moment der Fristsetzung an, aber bis zu diesem Zeitpunkt besteht die Ungewissheit ebenfalls.

einfach zu negieren. Auf Grund der grammatikalischen Interpretation, der logischen Schlussfolgerung, der Analogie usw. muss die Wissenschaft den Willen des Gesetzes erforschen. Namentlich bei Instituten, welche so wenig in die Einzelheiten gehende Regelung erfahren haben, wie das Rücktrittsrecht, wird man häufig die Analogie zu Hilfe nehmen müssen. Ich suche nun die Lücken, welche das Rücktrittsrecht aufweist, auch hier[1] durch Vergleichung mit der Wandelung auszufüllen.

Wenn auch das S.O.R. nichts über den Ausschluss des Rücktrittsrechts enthält, so glaube ich doch nicht, dass es stets zu gewähren sei, wenn seine Voraussetzungen buchstäblich vorliegen, sondern diesen Voraussetzungen können Verhältnisse entgegentreten, welche einen Ausschluss des Rücktrittsrechts rechtfertigen, gerade so gut wie die Wandelungsklage ausgeschlossen sein kann. Für den Ausschluss der Wandelung kommt Art. 254 in Betracht:

„Die Wandelung kann auch begehrt werden, wenn die mangelhafte Sache infolge ihrer Mängel oder durch Zufall untergegangen ist. Der Käufer hat in diesem Falle nur das zurückzugeben, was ihm von der Sache verblieben ist.

Ist die Sache durch Verschulden des Käufers untergegangen oder von demselben weiter veräussert oder umgestaltet worden, so kann er nur Ersatz des Minderwertes verlangen."

Es sind also drei Ausschlussgründe: Verschuldeter Untergang, Veräusserung, Umgestaltung der Sache.

1. Verschuldeter Untergang.

Der Käufer weiss, dass er die Kaufsache zurückerstatten muss, wenn er Wandelung begehrt. Versäumt er in kulposer Weise die nötige Sorgfalt, dann hat er sein Recht verwirkt. Wandelung kann nur derjenige verlangen, der seine

[1] Wie bei Teilverzug, oben S. 71.

aus der Wandelung hervorgehenden Verpflichtungen zu erfüllen imstande ist (mit Ausnahme des zufälligen Unterganges der Sache). Dieselben Ueberlegungen führen zu einem Ausschluss des Rücktrittsrechts. Wie der Schuldner, so haftet auch der Gläubiger bei der aus dem Rücktritt resultierenden Rückgabepflicht für culpa.[1] Aber verschieden sind die Folgen dieser Haftung. Während sie jenen zum Schadenersatz verpflichtet, bedeutet sie für diesen den Ausschluss des Rücktrittsrechts.[2] Indem der Gläubiger zurücktritt, macht er ein Recht geltend. Ergeben sich bei der Durchführung des Rücktritts Schwierigkeiten, d. h. kann der Schuldner wegen Verschuldens nicht zurückgeben, so hat das natürlich nicht die Aufhebung dieses Rechts zur Folge, im Gegenteil, der Gläubiger wird geschützt, der Schuldner muss Schadenersatz leisten. Kann umgekehrt der Gläubiger wegen Verschuldens nicht zurückerstatten, so soll er seines Rücktrittsrechts verlustig gehen.

2. Veräusserung.

Nach den beiden ersten Entwürfen des B.G.B. (E_1 § 430 Abs. 2, E_2 § 303, Motive Bd. 2 [283]) schloss die Veräusserung oder die Belastung mit Rechten Dritter das Rücktrittsrecht schlechthin aus. Nach B.G.B. § 353 jedoch ist das Rücktrittsrecht nur dann ausgeschlossen, „wenn bei demjenigen, welcher den Gegenstand in Folge der Verfügung erlangt hat, die Voraussetzungen des § 351 oder des § 352 eingetreten sind.“ Dasselbe gilt für die Wandelung (§ 467). Ebenso schliesst nach gemeinem Recht die Veräusserung der Sache die Wandelung nicht schlechthin aus, sondern der Käufer, der die Kaufsache veräussert hat, kann die actio redhibitoria anstellen, wenn er jene wieder erworben hat.[3]

[1] Vg. unten § 11 Ziff. 3.

[2] Vgl. B.G.B. § 351.

[3] D. 21,1 l. 43 § 8. Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware 1 [146].

Es sind Fälle denkbar, wo auch nach S.O.R. trotz der Veräusserung die Wandelung zulässig ist, z. B. wenn das Gesetz jene erlaubt. Das trifft zu bei Waren, die in schnelle Verderbnis geraten (Art. 248 Abs. 3), oder wenn Waren, „die nach dem üblichen Geschäftsgange ohne vorgängige Untersuchung weiter veräussert werden, vom zweiten Käufer dem ersten wegen Mangelhaftigkeit zurückgegeben worden sind“[1], d. h. allgemein: wenn der Käufer die Sache infolge unverschuldeter Unkenntnis der Mangelhaftigkeit weiter veräussert hat, hat er das Recht auf Wandelung nicht verloren. Deshalb ist ausnahmsweise auch eine verspätete Mängelanzeige gültig, wenn die Verspätung ihren Grund nicht in einem Verschulden des Käufers hat, sondern wenn „es sich um Mängel handelt, welche bei der übungsmässigen Untersuchung nicht erkennbar waren.“ (Art. 246 Abs. 2.)

Nicht immer lässt sich der Ausschluss der Wandelung auf das Vorhandensein der culpa zurückführen. Der Käufer ist verpflichtet, die gekaufte Sache zu prüfen und allfällige Mängel sofort anzuzeigen. Versäumt er das, so gilt die Sache als genehmigt. (Art. 246.) Diese Unterlassung wird ihm als culpa angerechnet. Der Gesetzgeber geht vermutlich von der Ansicht aus, auch in der Veräusserung oder Umgestaltung liege eine Genehmigung der Empfangbarkeit der Kaufsache. Die Vermutung ist dort richtig, wo die Pflicht bestand, die Sache vorher zu prüfen, gilt aber nicht dort, wo trotz der Veräusserung eine spätere Mängelrüge zuälssig ist. Da diese Verspätung nicht als culpa betrachtet wird, schliesst sie die Wandelung nicht aus. Und doch kann der Käufer ungeachtet des Fehlens der culpa nicht wandeln, wenn er die Kaufsache vom dritten Erwerber nicht erhalten kann, es sei denn, dass sie durch Zufall untergegangen ist und von dem Zufall auch bei dem die Wandelung begehrenden Käufer betroffen worden wäre. Hier ruht der innere Grund des Ausschlusses wegen Veräusserung nicht auf dem Verschuldungs- sondern auf dem Ver-

[1] Hafner, Art. 254 Note 6.

ursachungsprinzip. Der Käufer hat die Unmöglichkeit der Rückgabe nicht verschuldet, sondern nur verursacht.

Gilt nun die, wie ausgeführt wurde, nicht immer zutreffende Vermutung der Genehmigung der Empfangbarkeit auch beim Rücktritt?

Das Rücktrittsrecht ist eine Folge des Verzuges. Sobald eine Sache als Erfüllung angenommen ist – nicht erst durch Genehmigung der Empfangbarkeit der Sache — besteht Verzug nicht mehr, also — könnte man schliessen — darf der Nichtsäumige nicht mehr zurücktreten, denn Verzug ist Voraussetzung des Rücktrittsrechts; umso weniger, wenn er die empfangene Sache veräussert hat. Aber es ist zu beachten, dass der Berechtigte einen künftigen Rücktritt auf den Verzug des Säumigen mit der nocht nicht erfolgten Teilleistung stützt. Da wir es hier mit dem gesetzlichen Rücktrittsrecht zu tun haben und dessen Voraussetzung Verzug ist, erfolgt ein Ausschluss des Rücktrittsrechts nur wegen verschuldeten Untergangs, Veräusserung oder Umgestaltung der gemachten Teilleistung, nicht der ganzen Leistung. Beim vertraglichen Rücktrittsrecht dagegen, das Verzug nicht zur Voraussetzung hat, können die Ausschlussgründe praktisch werden, auch nachdem der ganze Vertrag erfüllt ist.

Auf Grund des Teilverzuges tritt der Gläubiger vom ganzen Vertrage zurück, Unter welchen Bedingungen das gestattet ist, wurde früher dargelegt.[1] Einen Teil der Leistung hat der Berechtigte rechtzeitig und vertragsgemäss erhalten. Verzug hinsichtlich dieser Teilleistung besteht also nicht. Trotzdem darf er unter gewissen Voraussetzungen vom ganzen Vertrage zurücktreten, die Teilleistung zurückgeben. Kann dabei von Einfluss sein, was er mit ihr in der Zwischenzeit angefangen hat? Die Wandelung ist ausgeschlossen, wenn der Käufer durch die Veräusserung eine nicht wieder gut zu machende Pflichtverletzung begangen hat, bezw. unterlassen hat, die Sache, „sobald dieses nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist,“[2] zu prüfen und dem Verkäufer sofort Anzeige zu

[1] S. 69 ff.

[2] Art. 246 Abs 1.

machen. Eine entsprechende Verpflichtung gibt es beim Rücktritt nicht. Hat der Vertragstreue blos einen Teil der Leistung erhalten, so ist er trotz des Teilverzuges zu keiner Tätigkeit angehalten. Insbesondere liegt ihm nicht ob, den Rücktritt resp. die Androhung desselben unter einer Fristsetzung sofort zu erklären. Veräussert er die Sache, so übt er nur ein Recht aus, ohne sich gleichzeitig einer Pflichtverletzung schuldig zu machen. Die Veräusserung erfolgt in der Erwartung, dass die Leistung ganz gemacht werde. Wenn nun der Schuldner den Rest nicht liefert, also seiner Verpflichtung nicht nachkommt, so kann doch die Folge nicht sein, dass der Gläubiger eines Rechts verlustig geht, welches ihm vor der Veräusserung zugestanden hat. Da der Rücktritt vom ganzen Vertrage wegen Teilverzuges nur bei untrennbaren Sachen vorkommt oder bei Gegenständen, welche nach der Absicht der Parteien eine Einheit bilden, wird der Gläubiger meist in der Lage sein, die schon veräusserte Sache zurück zu erlangen, denn auch der dritte Erwerber hat gewöhnlich ein Interesse nur an der ganzen Leistung.[1] Auch er wird nicht einen Teil der untrennbaren Leistung behalten wollen. Es kommt allerdings auch vor, dass das, was vorher als untrennbare Leistung angeboten wurde, im Verkehr getrennt wird. So muss z. B. der Grossist, wenn er vom Fabrikanten einen Artikel erhalten will, oft das ganze Farbensortiment, vielleicht zwanzig Farben kaufen, während er dem Detaillisten einzelne Farben abgibt.

Wenn in der Veräusserung nicht schlechthin eine culpa liegt, bleibt dann nur die nicht auf einem Verschulden ruhende Unmöglichkeit der Rückleistung als Erklärung für den Ausschluss des Rücktrittsrechts übrig, ähnlich wie der Ausschluss der Wandelung nur durch verursachte Unmöglichkeit der Leistung begründet wird in den Fällen, wo eine Verletzung der Prüfungs- und Anzeigepflicht nicht besteht (Art. 246 Abs. 1)? Gewiss nicht, vielmehr ist auch hier der innere Grund für den Aussschluss des Rücktritts die culpa.

[1] Doch gibt es Ausnahmen, vgl. S. 73.

Wo der Käufer zur Prüfung der Sache vor der Weiterveräusserung nicht verpflichtet und deshalb noch nach dieser zur Wandelung grundsätzlich berechtigt ist, hat er vor der Weiterveräusserung keine Ahnung, dass die Voraussetzungen für das Recht zur Wandelung vorliegen. Da er zu dieser Zeit sein Wandelungsrecht noch nicht kennt noch zu kennen verpflichtet ist, muss er auch nicht die Möglichkeit der späteren Wandelung ins Auge fassen, kann sie nicht ins Auge fassen und darf darum die Sache unbedenklich weiter veräussern. Ganz anders verhält sich die Sachlage beim Rücktritt. Wenn der eine Kontrahent blos einen Teil der Leistung bewirkt, also in Teilverzug kommt, weiss der andere von diesem Momente, dass er von nun an berechtigt ist, unter Umständen sofort resp. nach Ablauf der Nachfrist vom ganzen Vertrage zurückzutreten. Will er von diesem Rechte künftig Gebrauch machen, so darf er keine Handlungen mehr vornehmen, welche dem andern Teile schaden könnten, insbesondere nicht etwas tun, wodurch eine der Wirkungen des Rücktritts, die Rückerstattung der empfangenen Gegenleistungen, vereitelt würde. Veräussert er die erhaltene Teilleistung, dann hat er die Unmöglichkeit der Rückgabe verschuldet, sofern er sie nicht wieder erhält. Das Verschulden gibt den Ausschlag. Da die Veräusserung an sich nicht als Verschulden angesehen werden kann, schliesst sie den Rücktritt nicht schlechthin aus. Entscheidend ist, ob der Nichtsäumige die empfangene Leistung so zurückzugeben imstande ist, wie er sie bekommen, bezw. ob er sie ohne sein Verschulden nicht zurückzugewähren vermag. Ist die Sache nach der Veräusserung durch Zufall untergegangen, so muss ihm der Rücktritt doch gestattet sein, wenn er beweist, dass der Zufall die Sache getroffen hätte, auch wenn sie nicht veräussert worden wäre. Dagegen geht er seines Rücktrittsrechts verlustig, wenn die Unmöglichkeit der Rückgabe daher rührt, dass der dritte Erwerber die Sache nicht herausgibt oder infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes nicht herausgeben kann.

Gleiches gilt bei Belastung der Sache mit dinglichen Rechten Dritter. Wird das dingliche Recht beseitigt, so hat

die Belastung keinen Einfluss auf das Rücktrittsrecht, während es zum Ausschluss desselben führt, wenn die Sache nicht unbelastet zurückgegeben werden kann.[1]

3. Umgestaltung.

Das Gesagte findet entsprechende Anwendung bei der Umgestaltung. An sich ist der Gläubiger zur Umgestaltung der Sache berechtigt. Deshalb wird durch sie der Rücktritt nicht ausgeschlossen, wenn der Gläubiger imstande ist, die Veränderung zu beseitigen. Das Gesetz sagt allerdings nicht, dass unter dieser Voraussetzung die Wandelung gestattet sei, aber wir haben gesehen, dass die Fälle nicht gleich liegen. Obwohl auch B.G.B. § 352 den Rücktritt ausschliesst, „wenn der Berechtigte die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat," ist er nach Schollmeyers[2] Ansicht zuzulassen, „wenn der Rücktrittsberechtigte die umgestaltete Sache in die frühere Gestalt zurückführt." Sonst jedoch schliesst sie den Rücktritt aus, da der Nichsäumige durch die Umgestaltung sich in die Unmöglichkeit versetzt hat, die Sache in der ursprünglichen Gestalt, wie er sie erhalten, herauszugeben.

Ausser diesen durch Analogie gewonnenen Gründen für den Ausschluss des Rücktrittsrechts des Käufers findet sich im S.OR. eine Vorschrift, welche das Rücktrittsrecht des Verkäufers beschränkt. Es ist Art. 264: „Ist der Kaufgegenstand vor geleisteter Zahlung in den Gewahrsam des Käufers übergegangen, so kann der Verkäufer wegen Verzuges des Käufers nur dann von dem Vertrage zurücktreten und die übergebene Sache zurückfordern, wenn er sich dieses Recht ausdrücklich vorbehalten hat."[3]

[1] vgl. Hafner, Art. 254 Note 6. B.G.B. § 353.
[2] Schollmeyer § 352, 1 263.
[3] vgl. B.G.B. § 454 u. oben S. 48/49.

II. Die Wirkungen des Rücktritts.

§ 9. Rücktritt und Wandelung.

Der Mangel einer eingehenden gesetzlichen Regelung des Rücktrittsrechts veranlasste uns schon verschiedene Male, von dem Rechte der Analogie Gebrauch zu machen.[1] Dass wir gerade zwischen Wandelung und Rücktritt Analogien gezogen haben, wird begründet durch die inhaltliche Gleichartigkeit der beiden Institute. Das B.G.B. macht einen bemerkenswerten Unterschied in der juristischen Auffassung. Das Rücktrittsrecht ist ein Gestaltungsrecht, d. h. ein subjektives Recht, „dessen Inhalt ist die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehung durch einseitiges Rechtsgeschäft."[2] Die Wandelung dagegen stellt sich nach B. G. B. § 465 dar als das Recht auf Abschluss eines Vertrages. Sie kann nicht durch einseitige Willenserklärung vollzogen werden. Die Wandelung ist ein Anspruch, nicht so das Rücktrittsrecht. (B.G.B. § 194 Abs. 1).[3]

Wenn auch verschieden in ihren Voraussetzungen, so stimmen Wandelung und Rücktritt doch überein in der Zweckbestimmung und den Wirkungen.

Unter den Voraussetzungen haben sie das gemeinsame Merkmal, dass nach S.O.R. beide nicht von Verschulden abhängig gemacht werden. Beider Voraussetzung ist nicht richtige

[1] vgl. Dernburg, B. R. 1 79: „Soweit die Rechtssprechung nicht unmittelbar ihre Entscheidung aus dem Gesetze selbst herleiten kann, hat sie die Analogie zu Hilfe zu nehmen, das heisst, auf die Grundprinzipien der Gesetze zurückzugehen und nach denselben nicht besonders geregelte Fälle zu entscheiden."

[2] Seckel, die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts in der Festgabe für Koch 1903, S. 210.

[3] vgl. Gruchots Beiträge Bd. 43 S. 305 ff. Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem B.G.B.

Erfüllung, hier in zeitlicher, dort in gegenständlicher Hinsicht. Das Gebiet der actio redhibitoria ist kleiner, weil sie nur dem Käufer zusteht,[1] der Rücktritt dagegen bei allen zweiseitigen Verträgen dem nichtsäumigen Gläubiger. Die beiden Rechte können konkurrieren in der Weise, dass der Käufer die Wahl zwischen ihnen hat. Wenn der Verkäufer die Ware rechtzeitig aber mangelhaft anbietet, kann der Käufer sie zurückweisen, jenen in Verzug setzen und von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen.[2] Nimmt er aber die Ware an, so hat er nur noch die Gewährleistungsansprüche.

Sowohl mit der Wandelung als auch mit dem Rücktritt wird die Auflösung des Vertrages bezweckt. Hier wie dort erlöschen alle künftigen Verpflichtungen. Was geleistet ist, muss zurückgegeben werden. Weil der Verkäufer nicht richtig erfüllt hat, will der Käufer von dem Geschäfte nichts mehr wissen. Er verlangt seinen Kaufpreis zurück, wogegen er den Kaufgegenstand zurückerstatten muss. Die Leistungen sind Zug um Zug zu machen. Ob und in welchem Masse nach römischem Recht ausserdem Schadenersatz geleistet werden muss, ist bestritten. Hanausek sagt, da die Redhibitionsklage die Auflösung des Geschäftes bezwecke, sei sie nicht eine Klage auf das positive Vertragsinteresse.[3] In seinem Aufsatz über die culpa in contrahendo erklärt Ihering, die actio redhibitoria gehe auf das negative Vertragsinteresse.[4] Hanausek tritt dieser Lehre nicht bei: „M. E. ist die Redhibition nicht als resolutio des Kaufes ex tunc, nicht als Klage auf das negative Vertragsinteresse, sondern sofern man überhaupt die die beiden Parteien treffenden Verpflichtungen unter einem Schlagworte zusammenzufassen wünscht richtiger als resultio ex nunc zu charakterisieren".[5]

Ohne auf diese Streitfrage einzugehen, kann jedenfalls

[1] sie findet auch beim Werkvertrag entsprechende Anwendung.

[2] vgl. S. 80 und Staub Exk. zu § 374 Anm. 42.

[3] Hanausek 1 [24].

[4] Iherings Jahrbücher für Dogmatik Bd. 4 [17].

[5] Hanausek 1 [136].

als sicher festgestellt werden, dass die actio redhibitoria nicht auf das positive Vertragsinteresse geht.

Nach der herrschenden Lehre ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer den durch die Sache zugefügten Schaden zu ersetzen, wobei auch die Meinung vertreten wird, er könne sich durch Überlassung der Sache an den Käufer von dieser Schadenersatzpflicht befreien.[1] Auch das S.O.R. kennt neben der Wandelung die Schadenersatzpflicht des Verkäufers (Art. 253), während nach B.G.B. § 467 der Verkäufer dem Käufer nur die Vertragskosten zu ersetzen hat.[2]

Wenn Stammler[3] die Lehre vom Rücktritt als eine Lieblingslehre des B.G.B. bezeichnet, so könnte man das Rücktrittsrecht des S.O.R. ein Stiefkind desselben nennen. Während das B. G. B. in den §§ 346 –361 das vertragliche Rücktrittsrecht regelt und diese Bestimmungen gemäss § 327 auch auf das gesetzliche Rücktrittsrecht Anwendung finden, beschäftigt sich das S.O.R. nur in 4 Artt. mit ihm. Auch der Entwurf bringt ausser den genannten Abänderungen keine neuen Bestimmungen, insbesondere sagt er nichts über die Durchführung des Rücktrittsrechts. Aufgabe der Praxis und der Wissenschaft ist es, im einzelnen die richtigen Wege zu finden.

§ 10. Wirkung auf das bestehende Schuldverhältnis.

1. Erlöschen des Schuldverhältnisses.

Der § 427 Abs. 1 des ersten Entwurfes zum B.G.B. lautete: „Der Rücktritt bewirkt, dass die Vertragschliessenden untereinander so berechtigt und verpflichtet sind, wie wenn

[1] Hanausek hält diese Auffassung für unrichtig. 1 139.

[2] Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Käufer Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, aber nur statt nicht neben der Wandelung (B.G.B. § 463).

[3] Stammler a. a. O. S. 129.

der Vertrag nicht geschlossen worden wäre, insbesondere, dass kein Teil eine nach dem Vertrage ihm gebührende Leistung in Anspruch nehmen kann und dass jeder Teil verpflichtet ist, dem andern Teile die empfangene Leistung zurückzugewähren."[1] Man teilte die Ansicht, dass das Schuldverhältnis nicht ipso jure aufgehoben werde, sondern dass die aus ihm entspringenden Verpflichtungen nur durch Einrede entkräftet würden.[2] Ein späterer Antrag, durch die Rücktrittserklärung die Verpflichtungen erlöschen zu lassen, fand zwar Zustimmung, aber auf den Gesetzestext hatte er keinen Einfluss. Man überliess die Lösung der Wissenschaft. Einige Schriftsteller halten an jener im ersten Entwurf geäusserten Theorie der indirekten Wirkung fest.[3] Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Entwurf des revidierten S. O. R. ebenfalls auf diesem Standpunkte steht. Er bestimmt in Art. 1134 Abs. 1: „Wer vom Vertrage zurücktritt, kann die versprochene Gegenleistung verweigern und das Geleistete zurückfordern." Art. 124 des geltenden S.O.R. spricht nur von der Zurückforderung des Geleisteten, nicht von Verweigerung der Gegenleistung. Auch sonst fehlen Anhaltspunkte für jene Theorie. Da sie ausserdem, wie Oertmann nachgewiesen hat,[4] zu misslichen praktischen Konsequenzen führt, ist die Auffassung die näher liegende, dass nach S.O.R. das bestehende Schuldverhältnis ipso iure erlischt. Diese Wirkung wird dem Rücktritt auch von den meisten Kommentatoren und Systematikern des B. G. B. zugeschrieben. Dem widerspricht nicht, dass der Rücktritt wie die Wandelung nur obligatorische Wirkungen erzeugt. Wenn der Verkäufer in Konkurs kommt, und der Käufer, welcher den Preis schon

[1] Kritik von Strohal in „Iherings Jahrbücher" Bd. 33 367.

[2] Motive 2 280.

[3] Dernburg, B.R. II § 107 S. 240, Matthiass, Lehrbuch 3. Auflage, 1 410, ähnlich Crome, System des bürgerlichen Rechts 2 269. Endemann, B.R. § 148,2 S. 859. Oertmann, Blätter für Rechtsanwendung Bd. 69, 1904, die Bedeutung der Rücktrittserklärung S. 65 ff. rechnet (S. 68) auch Stammler (Schuldverhältnisse S. 130) hierher.

[4] Oertmann, die Bedeutung der Rücktrittserklärung a. a. O. S. 69 ff.

bezahlt aber die Ware noch nicht erhalten hat, zurückgetreten ist, bekommt er nicht den vollen Preis, sondern wie jeder Konkursgläubiger nur einen Bruchteil. Die zu Eigentum übertragene Sache fällt nicht ohne weiteres zurück, sondern erst durch Rückübertragung.[1] Ist die Sache in der Zwischenzeit mit dinglichen Rechten Dritter belastet worden, so bleiben sie bestehen. Der Zurücktretende hat nur einen Anspruch auf Beseitigung. Der Rücktritt wirkt also nicht als auflösende Bedingung.[2] Diese Bedeutung kommt ihm nur im Code civil (art. 1184) zu.

2. Bereicherungsklage?

Dem Gesetzgeber können zweierlei Zwecke vorgeschwebt haben, als er das Rücktrittsrecht einführte, nämlich:

Durch den Rücktritt wird der Vertrag aufgelöst. Keine der Parteien ist aus dem Vertrage mehr verpflichtet oder berechtigt. Das gilt für Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft. Da der Vertrag nicht mehr besteht, ist die causa der bereits vorgenommenen Rechtsgeschäfte, d. h. der schon erfolgten gegenseitigen Leistungen, weggefallen. Deshalb können sie mit der condictio indebiti (condictio ex causa finita) zurückgefordert werden.

oder der Vertrag wird rückgängig gemacht. Der Gläubiger kann die gemachten Leistungen zurückverlangen ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner noch bereichert ist. Er soll alles wieder erhalten, was er gegeben hat. Kann der Schuldner in natura nicht mehr zurückerstatten, so muss er Ersatz in Geld leisten.

Jene Auffassung ist im B.G.B. die herrschende.[3] Nach

[1] vgl. Hafner zu Art. 199 Note 5.

[2] Es ist allerdings zweifelhaft, ob nach S.O.R. mit dem Eintritt der Resolutivbedingung auch das Verfügungsgeschäft stets dahinfällt. vgl. Hafner zu Art. 174 Note 3.

[3] Oertmann a. a. O. S. 67 rechnet dazu die Kommentare von Fischer-Henle zu § 346 Nr. 3, Kaufmann S. 202, Neumann vor und zu § 346,

allgemeinen Grundsätzen sei zu erwarten, dass die Parteien sich die empfangenen Leistungen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (B.G.B. §§ 812 ff.) zurückgewähren müssen. Wenn das Gesetz in den §§ 346 ff. etwas anderes bestimme, so habe es die Pflichten nur erweitert.

Das S.O.R. hat einen dem § 346 B.G.B. entsprechenden Art. nicht, also wäre nach dieser Ansicht die Bereicherungsklage am Platze. Sie kommt gemäss § 327 B.G.B dann zur Anwendung, wenn der Rücktritt wegen eines Umstandes erfolgt, den der andere Teil nicht zu vertreten hat. Es wäre nicht unbillig, wenn das S.O.R. bei unverschuldetem Verzug dem Zurücktretenden nur die condictio indebiti gäbe. Aber dieser Unterschied wird im Gesetze gar nicht gemacht. Bald wird den Säumigen ein Verschulden am Verzuge treffen, bald nicht. Der andere Teil kann trotzdem immer zurücktreten. Auch die Artt. 124, 125 ändern hier nichts. Trifft den Säumigen ein Verschulden, dann wäre es hart für den Vertragstreuen, wenn er gemäss Artt. 124, 125 ein Verschulden nachweisen müsste, nur um seine Leistung wieder zu bekommen. Zudem ist unter dem Schaden, dessen Ersatz er beim Nachweis eines Verschuldens verlangen kann, nur der Nachteil zu verstehen, welcher ihm durch den Verzug enstanden ist und nicht auch der Verlust, der sich für ihn daraus ergibt, dass er blos nach Artt. 70 ff. zurückfordern darf. Es wäre unrichtig zu sagen: Der Nichtsäumige hat die condictio indebiti. Bekommt er nicht alles zurück, so kann er Schadenersatz verlangen, sofern er beweist, dass den andern Teil ein Verschulden treffe. Der Anspruch auf Rückgabe der gemachten Leistungen und der Anspruch auf Schadenersatz sind selbständige Ansprüche.[1]

Oertmann Vorbem. vor § 346 Nr. 2, Planck ebenso Nr. 2. Schollmeyer zu § 346 Nr. **2**, Staudinger das. Nr. 1 a. Ferner die Lehrbücher von Cosack 4. Aufl. 1[385] Nr. V. Enneccerus 2. Aufl. S. 461. Goldmann-Lilienthal 2. Aufl. S. 401, 866 Nr. 19, Kuhlenbeck 2[199]. Ebenso Kisch, Unmöglichkeit der Leistung S. 134 ff. 143. Langheineken, Anspruch und Einrede S. 315/316.

[1] vgl. unten § 11, Ziff. 3 u. § 12.

Es scheint, dass Hafner für die condictio indebiti eintritt, denn er verweist bei Art. 124 auf Artt. 70 ff. Auf denselben Standpunkt stellt sich das B.G. in Bd. 25 II 399.[1] Allein dieser Ansicht kann nicht beigestimmt werden. Die Bereicherungsklage würde dem Nichtsäumigen ungenügenden Schutz gewähren.

Durch den Rücktritt soll er zum mindesten alles wieder erhalten, was er auf Grund des Vertrages geleistet hat. In erster Linie soll der Nichtsäumige, der vertragstreue Teil, durch den Rücktritt vor Schaden bewahrt werden. Die Bereicherungsklage aber ist inhaltlich beschränkt, damit der Bereicherte keinen Schaden erleide. Er haftet nur in der Höhe der Bereicherung. Diese Klage ist dort am Platze, wo die Leistung unmöglich wird infolge eines Umstandes, den weder Schuldner noch Gläubiger zu vertreten haben (Art. 145) oder dort, wo der Umstand, welcher sie begründet, in der Person desjenigen liegt, der sie geltend macht. Es ist recht und billig, wenn z. B. der Irrende nur nach Art. 73 zurückfordern kann, denn er hat die Rückerstattung veranlasst.[2] Aber durch die Anfechtungserklärung begründe der Irrende — so führt v. Tuhr aus — seine eigene Rückerstattungspflicht; daher müsse er als Schuldner seines Mitkontrahenten die gewöhnliche Diligenz des Art. 110 prästieren und eventuellen Schaden ersetzen, auch wenn er den Irrtum nicht der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat (Art. 23).[3] Ob diese strengere ungleiche Haftung, mit welcher

[1] „Der vom Vertrag Zurücktretende kann für das von ihm bereits Geleistete nicht mit der Vertragsklage Vergütung fordern, sondern ist auf die in Art. 124 gewährte condictio sine causa, unter Umständen verbunden mit einer Schadenersatzklage, beschränkt." Das folgt aus der in derselben Entscheidung vertretenen Auffassung, durch den Rücktritt werde der Vertrag von Anfang an aufgehoben. In B.G.E. 29 II 516 wird das Gegenteil behauptet: Die Absicht sei nicht, durch den Rücktritt den Vertrag als von Anfang an aufgehoben zu erklären. vgl. unten § 12 Ziff. 4.

[2] Hat jedoch der Andere den Irrtum verschuldet (Art. 24), dann haftet er auf vollen Schadenersatz (Art. 73 Abs. 2).

[3] Zeitschrift für schweizerisches Recht n. F. Bd. 16, 17. Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem O.R. von Prof. A. v. Tuhr bes. Bd. 17 S. 42 ff., 62 ff.

v. Tuhr den Irrenden beschwert, nach dem Gesetze zulässig ist, wollen wir hier nicht untersuchen. Das Beispiel soll nur das Bestreben zeigen, denjenigen, welcher in letzter Linie die Ungültigkeit des Vertrages veranlasst hat, strenger haften zu lassen als nach der condictio, wie man eigentlich erwarten würde. Wer die Ungültigkeit der Verbindlichkeit geltend macht, ist nicht immer identisch mit demjenigen, welcher sie veranlasst. Tritt A wegen Verzuges des B vom Vertrage zurück, so hat A den Vertrag aufgelöst, B die Auflösung veranlasst. Hat A gegen B blos die Bereicherungsklage, dann ist er, wenn v. Tuhr Recht hat, schlechter gestellt als der Nichtirrende, obschon in beiden Fällen der Vertrag aufgelöst bezw. vernichtet worden ist infolge eines Umstandes, der weder in der Person des Nichtsäumigen noch des Nichtirrenden liegt.

Auch mit der Wandelung würde die Durchführung des Rücktritts in Widerspruch geraten, wenn der Nichtsäumige blos die Bereicherungsklage bekäme. Bei der Wandelung ist der Verkäufer verpflichtet, den gezahlten Kaufpreis samt Zinsen zurückzuerstatten, auch wenn er ihm solche nicht gebracht hat und ohne Rücksicht darauf, ob die Bereicherung noch vorhanden sei oder nicht. Mit der condictio indebiti dagegen kann der Zurücktretende Rückerstattung nur insoweit verlangen, als der Empfänger zur Zeit der Rückforderung noch bereichert ist oder sich böswillg der Bereicherung entäussert hat. (Art. 73 Abs. 1.) Hat dieser die Sache nutzlos aber nicht böswillig verschwendet, dann ist er nicht mehr bereichert, der Andere erhält nichts.[1] Auch zufälliger Verlust würde ihn befreien, ja sogar fahrlässiger und vorsätzlicher Verlust, sofern nicht Böswilligkeit vorliegt. So müsste m. E. entschieden werden, obgleich Geld als Genussache immer geleistet werden kann. Mit der condictio indebiti wird das Vermögen des Kondizierten auf denjenigen Stand zurückgeführt, auf welchem es sich vor der Bereicherung befunden

[1] Wenn er sich aber der empfangenen Leistung unentgeltlich entäussert hat, ist der Dritte zur Herausgabe verpflichtet (vgl. B.G.B. § 822.)

hat. Die Rückerstattungspflicht wird schon durch den Wegfall der Bereicherung ausgeschlossen, nicht erst durch die Unmöglichkeit der Leistung. Das B.G. begründet das Vorhandensein der Bereicherung falsch, wenn es sagt, die Bereicherung sei immer vorhanden, da es sich um Geld handle.[1] Einen Mittelweg schlägt Haberstich[2] ein. Der Empfänger des Geldes werde nur dann befreit, wenn er beweise, dass sein Nettovermögen nicht genüge, das Empfangene zurückzugeben. Er dürfe blos bis zu dem Betrage zur Rückerstattung verpflichtet sein, der sich als Aktivüberschuss seines Vermögens herausstelle. Das ist deshalb unrichtig, weil nicht der ganze Vermögensstand massgebend ist, sondern nur die durch die zurückgeforderte Leistung erfolgte Bereicherung. Auch Dernburg vertritt in seinen Pandekten die Ansicht[3], dass trotz zufälligen Verlustes des Geldes die Bereicherung in der Regel vorhanden sei. Sonst seien auch Fungibilien in specie zurückzugewähren. Demgegenüber betont Mandry,[4] bei allen vertretbaren Sachen könne mit der condictio indebiti nur auf Restitution der hingegebenen corpora, nicht auf Restitution der Summe von tantundem ejusdem generis — geklagt werden. Die Quellenstelle D 12,6 l 65 § 6: in frumento indebito soluto et bonitas est, et si consumpsit frumentum, pretium repetet, enthalte nicht eine Singularität gerade für Getreidezahlungen, sie müsse vielmehr bei allen Fungibilien Anwendung finden, auch bei Geldzahlungen. „Indessen lässt sich, sobald einmal über das in l 65 § 6 h. t. angegebene Motiv der getroffenen Entscheidung hinausgegangen wird, kein ausreichender Grund für eine andere Behandlung der Geldzahlung und des durch solche begründeten Rückforderungsanspruches finden.“ Sicher ist nach modernem Recht

[1] B.G.E. 33 II[543], besser 19[304], ferner B.G.E. 30 II[331].

[2] Haberstich, Handbuch 1[196].

[3] Dernburg Pand. 2[382].

[4] Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 48 S. 220. Mandry: Zur Lehre vom Gegenstande der Kondiktionen, Vangerow, Pandekten 3[405]. vgl. D 12, 6 l 7, l 26 § 12, l 32 pr.

die Frage in diesem Sinne zu lösen. Auch Dernburg erkennt in seinem bürgerlichen Recht[1] einen Wegfall der Bereicherung an, wenn der Empfänger das Geld unproduktiv verwendet habe, z. B. zu Vergnügungsreisen, Schenkungen, Spiel.

Es entspricht dem Geiste eines jeden Gesetzes, Gegensätze zwischen innerlich gleichen Instituten zu vermeiden. Welchen Sinn hat es, in einem Fall nur die Bereicherungsklage zu gewähren, dagegen ein ander Mal, wo derselbe Zweck erreicht werden soll und wo die Verschuldensfrage ebenfalls nicht erörtert wird, strengere Haftung aufzustellen? Das wäre ein Verstoss gegen die Einheit des Gesetzes. Bevor man zu ihm seine Zuflucht nimmt, ist zu untersuchen,, ob nicht auf anderem Wege geholfen werden kann. Vielleicht haben solche Erwägungen Rossel[2] und Schindler[3] veranlasst, den Säumigen bei der Rückerstattung haften zu lassen ohne Rücksicht auf noch vorhandene Bereicherung.

Das Gesetz selbst äussert sich nicht bestimmt. Art. 124: Der Zurücktretende könne „das von seiner Seite Geleistete zurückfordern." Art. 125: Er könne „die Gegenleistung zurückbehalten oder wenn sie schon geschehen ist, zurückfordern." Aehnlich drückt sich das Gesetz aus, wo mit der condictio indebiti zurückgefordert werden kann. Art. 28 . . . „dass er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert." Art. 33: „Erfolgt keine Genehmigung, so ist jeder Teil berechtigt, die schon vollzogene Leistung zurückzufordern." Art. 145: „Bei zweiseitigen Verträgen hat der freigewordene Schuldner die bereits empfangene Gegenleistung herauszugeben und verliert die noch nicht erfolgte Gegenforderung." Der Wortlaut in den Artt. 124, 125 spricht nicht gegen die condictio indebiti, aber er lässt auch nicht erkennen, dass sie

[1] Dernburg B. R. II 2^{605}. B. G. B. § 818 Abs. 3 mit S.O.R. Art. 73 Abs. 1.

[2] Rossel, S. 184: „Il peut réclamer la restitution de ce qu'il a payé, que l'autre partie soit ou ne soit pas en faute, peu importe qu'elle soit encore enrichie ou non à l'époque de la restitution."

[3] Schindler S. 45.

zur Anwendung kommen soll. Die Worte sind neutral, lassen weder auf das eine noch auf das andere schliessen.

Erscheint es aus praktischen Ueberlegungen heraus als wünschenswert, dass die Bereicherungsklage durch eine andere ersetzt werde, so kommt man auf theoretischem Wege zur Erkenntnis, dass dieser Wunsch berechtigt ist, dass er zum richtigen Ziele führt. Auch die Lösung dieses Problems mag sich, wie die so manches andern in der Weise vollzogen haben, dass man das Ziel kannte, bevor man die Gänge wusste, welche zu ihm weisen, dass also erst die Notwendigkeit, dahin zu gelangen, die entsprechenden Mittel erzeugte.

3. Kein Wegfall der causa.

Durch die Rücktrittserklärung werden nur die Vertragswirkungen aufgehoben, und der Rücktritt bezieht sich nicht, wie Oertmann meint,[1] unmittelbar auf den Entstehungsgrund des Vertrages, auf die causa, sondern nur auf die daraus entsprungenen Rechtsverhältnisse. Die Doppelbedeutung des Wortes Schuldverhältnis hat viele Missverständnisse verursacht. Man begreift darunter sowohl das Gesamtschuldverhältnis, aus welchem die einzelnen Ansprüche hervorgehen, als auch diese Einzelansprüche selbst.[2] Wenn das B. G. B. von dem Erlöschen des Schuldverhältnisses spricht (2. Buch dritter Abschnitt §§ 362 ff.), so meint es damit das Erlöschen der einzelnen Forderung.[3] In diesem Sinne erlischt das Schuldverhältnis durch den Rücktritt.[4] Es geschieht nicht in Missachtung des Fortbestandes der causa nach Erfüllung,

[1] Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse S. 197.

[2] Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 41. Dernburg B. R. II 1^2. Stammler, S. 219.

[3] Dernburg B.R. II 1^{249}.

[4] Staudinger, Kommentar, Vorbem. vor § 346, erklärt es als blossen Redaktionsfehler, dass der Rücktritt nicht in den dritten Abschnitt eingereiht worden sei. Trotzdem steht er auf dem Boden der herrschenden Lehre.

wenn Seckel sagt, wo die Leistungen schon gemacht seien, entfalte das Rücktrittsrecht nur seine Rekuperations- nicht seine Liberationsfunktion, weil das Schuldverhältnis durch Erfüllung untergegangen sei.[1] Dass Seckel in diesem Fall die Liberationsfunktion des Rücktritts nicht aus dem Grunde leugnet, weil die causa weggefallen sei, dass er vielmehr ihr weiteres Dasein anerkennt, ergibt sich aus einem Vergleich zwischen Rücktritt und Anfechtung.[2] Aber es ist durchaus nicht selbstverständlich, dass der Rücktritt den Wegfall der causa zur Folge habe in gleicher Weise wie dann, wenn ein anfechtbares Geschäft durch Anfechtung vernichtet wird. Die beiden Fälle sind verschieden.

Der Rücktritt bewirkt nicht, dass das alte Schuldverhältnis als ein in der Vergangenheit nie vorhanden gewesenes behandelt wird. Auch Bechmann[3] erklärt, für den Fall, dass aufhebende Nebenverträge abgeschlossen würden, vernichte der Rücktritt nicht den Vertrag mit rückwirkender Kraft, als wenn er niemals geschlossen worden wäre. Vielmehr bleibe der subjektive Tatbestand des Vertragsschlusses als rechtlich relevanter Vorgang bestehen; nur gerade gegen den objektiven Tatbestand, den Vollzug, sei die Nebenverabredung gerichtet. Wie kraft des Vertrages vollzogen werde, so erfolge kraft des Vertrages auch die Rückforderung der Leistung.

Zurückzuweisen ist die Ansicht, dass durch die Rücktrittserklärung die causa nur für die Zukunft wegfalle, dagegen für die Vergangenheit stehen bleibe.[4] Die causa ist unteilbar, entweder fällt sie ganz weg oder sie behält ihre volle Kraft. Ein teilweiser Wegfall ist ein Unding.

„Nicht deshalb, weil der Empfang des Gegners als sine causa erfolgt gilt, sondern obgleich er rechtmässig die Leistung

[1] Seckel, Gestaltungsrechte S. 222.

[2] vgl. Seckel S. 222—225.

[3] Bechmann, Kauf 2 495.

[4] So Stawski: Die Wirkung der Rücktrittserklärung auf das bestehende Schuldverhältnis, Diss. Erlangen 1905. Etwas anderes ist es, wenn nach der Absicht der Parteien der Vertrag, soweit er erfüllt ist, durch den Rücktritt nicht berührt werden soll.

erhielt,“[1] muss er wegen der dem Rücktritt innewohnenden Kraft zur Begründung eines neuen Schuldverhältnisses zurückerstatten. „Die Erklärung des Berechtigten hebt die (einseitigen oder gegenseitigen) Verpflichtungen auf, aber nicht wegen einer dem Rechtsverhältnis anhaftenden Mangelhaftigkeit, sondern gerade trotzdem dass es vollgiltig ist.“[2] Wer dagegen einen Vertrag anficht, macht einen schon von Anfang an vorhanden gewesenen Mangel geltend, und deshalb erlischt das Schuldverhältnis als Ganzes. „Der Mangel der causa bei der Zuwendung, nicht die Anfechtung begründet eine condictio.“[3] Das Geschäft wird nicht rückgängig gemacht wie durch den Rücktritt, sondern vernichtet. Daher hebt die Anfechtung nur die Vertragswirkungen auf,[4] begründet nicht gleichzeitig ein neues Schuldverhältnis. Weil die causa weggefallen ist, entsteht die condictio. Sie gehört aber nicht zum Inhalt der Aufhebung, sondern „tritt als selbständige Folge hinzu.“[5] Das Gestaltungsrecht des Zurücktretenden besteht in der Aufhebung und Begründung von Rechten, während sich das Gestaltungsrecht des Anfechtenden in der Vernichtung des Geschäftes erschöpft.

4. Wirkung ex nunc oder ex tunc?

Es herrscht Streit darüber, ob die Rücktrittserklärung wirke ex nunc oder ex tunc. Die herrschende Meinung spricht sich für ex tunc Wirkung aus und zwar die einen Schriftsteller für Rückwirkung auf die Zeit des Vertragsschlusses, die andern, welche die Mehrzahl bilden, für Rückwirkung auf die Zeit, da die Vertragsleistungen gemacht worden sind. Jene Auffassung ist jedenfalls sowohl für das S.O.R. als für das B.G.B. nicht

[1] Hellwig S. 22.

[2] Hellwig S. 21.

[3] Seckel S. 225.

[4] Das ist eine Aeusserung der Vernichtung; ausserdem wird aber auch das Grundschuldverhältnis zerstört.

[5] Seckel S. 212.

haltbar, denn sonst müsste auch das negative Vertragsinteresse ersetzt werden, wie Schollmeyer richtig hervorhebt.[1] Cosack hat denn auch diese Konsequenz gezogen,[2] damit jedoch etwas ins Gesetz hineingetragen, was nicht drinnen steht, weder im S.O.R. noch im B.G.B. Aber auch die zweite Auffassung müssen wir zurückweisen. Sobald man ex tunc Wirkung annimmt, gibt man zu, dass die causa weggefallen sei und deshalb die Bereicherungsklage zur Anwendung komme. Nach den bisherigen Ausführungen kann dieser Ansicht nicht beigetreten werden. Hellwig sagt denn auch (S. 21): „Wie bei der Kündigung tritt die Auflösung nicht ex tunc ein, sondern ex nunc."[3]

§ 11. Inhalt des neuen Schuldverhältnisses.

1. Entstehungsgrund.

Schuldverhältnisse können auf mannigfaltige Art entstehen. „Die Tatbestände, von welchen die Rechtsordnung die Begründung des Schuldverhältnisses abhängig macht, zerfallen in das rechtsgeschäftliche Handeln, bei dem sich der Vertrag als eine wichtige Art abhebt, in die unerlaubten Handlungen und in sonstige Tatbestände, welche weder Rechtsgeschäft noch Delikt sind (obligationes ex lege)."[4] Beim vertraglichen Rücktrittsrecht ist der Entstehungsgrund des auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen gerichteten Schuldverhältnisses der Vertrag. In dem vertraglichen Rück-

[1] Schollmeyer, Kommentar S. 257.

[2] Cosack, Lehrbuch des B.R. 1 417.

[3] Ausser Seckel und Hellwig darf man vielleicht mit Oertmann (a. a. O. S. 68) auch Windscheid-Kipp 2 347 hierher rechnen. Ebenso Rehbein B.G.B. 2 249. vgl. Rossel 184: „Le contrat est désormais non avenu." „La résiliation ne produit, au reste, pas d'effet rétroactif."

[4] Hellwig S. 39.

trittsrecht erblickt Hellwig ein bedingtes Rückerstattungsversprechen. Wir haben es hier mit dem gesetzlichen Rücktrittsrecht zu tun und müssen die Entstehung des neuen Schuldverhältnisses auf das Gesetz zurückführen. Es ist eine Fiktion, wenn man es auf dem Vertrage beruhen lässt.[1]

Allerdings ist im S.O.R. nicht wie im B.G.B. ausgesprochen, dass nicht die Bereicherungsklage, sondern ein Schuldverhältnis andern Inhaltes zur Entstehung gelange. Es wurde aber dargelegt, aus dem Mangel einer solchen Bestimmung dürfe nicht geschlossen werden, dass die Kondiktionsklage Platz greife, vielmehr trete an deren Stelle notwendig ein anders geartetes Schuldverhältnis. Wenn dessen Inhalt im S.O.R. nicht näher bestimmt wird, so kann das zusammenhängen mit der schon oft festgestellten kurzen Behandlung, welche im Vergleiche mit dem B.G.B. das Rücktrittsrecht in unserm Gesetze erfahren hat. Dem Willen des Gesetzes und der Billigkeit dürfte die hier vertretene Auffassung entsprechen. Es handelt sich nun darum, den Inhalt des neuen Schuldverhältnisses zu bestimmen.

2. Wie ist das Schuldverhältnis zu beurteilen?

Während in den §§ 346—361 des B.G.B. das Schuldverhältnis ausführlich geregelt ist, bestimmt das S.O.R. nur, dass der Gläubiger die Gegenleistung zurückbehalten oder, wenn sie schon geschehen ist, zurückfordern könne (Art. 125). Ob die Parteien Ersatz leisten müssen, wenn sie nicht mehr imstande sind, zurückzugewähren, ob sie dabei unbedingt haften oder ob die Haftung begrenzt sei, mit welchem Zeitpunkt die eventuelle Haftung beginne, ob beide Parteien in gleicher Weise haften usw., über alle diese Fragen schweigt das S.O.R.

[1] Das tut Fürle: „Welche Unterschiede in der Haftung bestehen zwischen der bei Ausübung des Rücktrittsrechts sich ergebenden Rückgewährsverpflichtung und der condictio wegen Erlöschens der causa? Nach B.G.B.“ Diss. Erlangen 1904. Vgl. das. S. 45. Dagegen Stawski S. 17.

Es sind zwei Lösungen denkbar: Das Schuldverhältnis ist zu beurteilen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Es ist Zug um Zug zu leisten. Jedem Teile steht die exceptio non adimpleti contractus zu. Wer nicht zurückgeben kann, muss Schadenersatz leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm kein Verschulden zur Last falle. (Art. 110). Auf diesem Wege käme die Durchführung des Rücktrittsrechts in Widerspruch zu der Wandelung. Der Käufer, welcher einen Teil der Kaufsache erhalten hat, tritt vom ganzen Vertrage zurück. Er ist nun Schuldner des Verkäufers insofern, als er die Sache zurückerstatten muss. Wird dieses Schuldverhältnis unter die allgemeinen Rechtsgrundsätze über gegenseitige Verträge gestellt, dann ist Zug um Zug zu leisten. Wenn die Sache durch Zufall untergeht, verlieren beide Teile ihre Forderung (Art. 145). Nach Art. 254 jedoch kann der Käufer trotzdem Wandelung verlangen. Es scheint richtiger, auch hier Analogien zwischen den beiden Instituten zu ziehen, sofern Wortlaut und Sinn des Gesetzes es gestatten. Wo Lücken entstehen, kommen die allgemeinen Rechtsgrundsätze zur Anwendung. Es wurde auf die engen Beziehungen zwischen Rücktritt und Wandelung bereits hingewiesen. § 467 B.G.B. sagt geradezu: „Auf die Wandelung finden die für das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 348, 350 bis 354, 356 entsprechende Anwendung.“ Das S.O.R. hat umgekehrt die Wandelung ausführlich geordnet, ohne freilich ausdrücklich zu sagen, dass für das Rücktrittsrecht jene Bestimmungen sinngemässe Verwendung finden sollen.

3. Das Schuldverhältnis im einzelnen.

Im einzelnen gestaltet sich das Schuldverhältnis folgendermassen:

Es ist davon auszugehen, dass das bestehende Schuldverhältnis erloschen ist und nicht blos eine Umwandlung erfahren hat wie beim Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Der Gegenstand der Obligation ist nicht mehr derselbe.

Deshalb bleiben Bürgen und Pfänder, die für ein bestimmtes Geschäft bestellt worden sind, für den Rückgabeanspruch nicht verhaftet, während sie beim Schadenersatz wegen Nichterfüllung nicht frei werden.[1]

a. Haftung des Schuldners.[2]

Aus dem Erlöschen des alten Schuldverhältnisses folgt ferner, dass der Schuldner nicht mehr im Verzuge ist. Der Gesichtspunkt des Verzuges fällt vollständig weg.[3] Deshalb wäre es falsch, den Schuldner für Zufall haften zu lassen mit der Exkulpationsmöglichkeit des Art. 118 Abs. 2. Die Behauptung von Rossel und Schindler, der Schuldner müsse zurückgeben, auch wenn ihn kein Verschulden treffe und obgleich er nicht mehr bereichert sei zur Zeit der Rückforderung,[4] bedarf daher einer Einschränkung. Weder R. noch Sch. sagen, mit welcher gesetzlichen Bestimmung sie die strenge Haftung begründen. Jedenfalls nicht mit der condictio indebiti, da ja nicht blos der bösgläubige Schuldner unter allen Umständen zur Rückgabe verpflichtet sein soll. Auch wir weisen diese Klage zurück. Aber man darf nicht ins andere Extrem fallen, den Schuldner unbedingt haften zu lassen.

Aus Art. 253 kann nicht geschlossen werden, dass der Schuldner bei der Rückerstattung schlechthin, ob es sich um eine Spezies- oder um eine Genussache handle, für Zufall hafte. Wer eine Genussache schuldet, wie der Verkäufer (Geld), der muss immer

[1] Schollmeyer § 280 S. 107. Windscheid-Kipp 2^{347} will beim vertragsmässigen Rücktritt den für die ursprünglichen Vertragsleistungen bestellten Bürgen auch für die Rückgabepflicht haften lassen, da diese ebenfalls eine vertragliche sei.

[2] Wenn wir auch weiterhin den einen Teil den Säumigen, Schuldner, den andern den Nichtsäumigen, Vertragstreuen, Gläubiger, Berechtigten nennen, so geschieht es nur, um die beiden Parteien auseinander zu halten. Genau genommen verdient jetzt Keiner mehr das Prädikat säumig oder nicht säumig.

[3] Ein erneuter Verzug ist natürlich nicht ausgeschlossen.

[4] vgl. oben S. 109.

leisten, denn genus perire non censetur. Das widerspricht nicht dem auf Seite 107 Gesagten, denn dort ist entscheidend die Bereicherung, die Grösse der Vermögenszunahme, hier die Möglichkeit, das Geld zurückzugeben, ohne Rücksicht darauf, ob der Käufer dadurch Schaden erleide. Wenn beim Rücktritt der Schuldner für Zufall haften sollte, hätte es der Gesetzgeber in den Artt. über den Rücktritt bestimmen müssen. Da er es nicht getan hat, kommen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung. Er muss für Untergang oder Verschlechterung nur dann Ersatz leisten, wenn er nicht nachzuweisen vermag, dass ihm keinerlei Verschulden an der nicht gehörigen Erfüllung des neu entstandenen Schuldverhältnisses, nicht am Verzug, zur Last falle.[1] (Artt. 110 ff.) Ist die Leistung unmöglich geworden durch Umstände, welche der Schuldner nicht zu vertreten hat, dann wird er frei, das Schuldverhältnis erlischt (Art. 145). Das B.G.B. hat in diesem Punkte eine unglückliche Lösung getroffen. Laband nennt sie geradezu den Fallstrick des Rücktrittsrechts.[2] Ist die Gegenleistung, welche der Säumige empfangen hat, durch Zufall untergegangen, so verliert er den Gegenanspruch nicht, wie nach allgemeinen Grundsätzen zu erwarten wäre, (§ 323 B.G.B.), sondern er kann ihn nach wie vor verlangen. Der vertragstreue Teil muss die erhaltene Leistung herausgeben, ohne selbst für die seinige Ersatz zu bekommen.[3] Natürlich wird sich der Berechtigte hüten, seinen Rücktritt zu erklären, wenn er weiss, dass die Sache zufällig untergegangen ist. Tritt er aber in Unkenntnis des zufälligen Untergangs zurück, dann verschlechtert er seine Lage.

Besteht die Rückleistung in Geld, so muss der Schuldner auch Zinsen zahlen.[4] Auch Früchte, die er gezogen hat oder die er hätte ziehen sollen, sind zurückzugeben. Dabei haftet

[1] Vgl. B.G.B, §§ 347, 292, 987, 989, 990.

[2] Laband im Archiv für zivilistische Praxis 74 51.

[3] Vgl. Strohal in Iherings Jahrbüchern 33 370 ff.

[4] Vgl. S.O.R. Art. 253, B.G.B. § 347.

er in gleicher Weise für culpa wie rücksichtlich der Sache selbst.

Da das S.O.R. den Rücktritt gestattet ohne Rücksicht auf das Verschulden und weil durch den Rücktritt das alte Schuldverhältnis erlischt, müssen logischerweise auch die Folgen des Rücktritts eintreten, ob den Schuldner ein Verschulden am Verzug trifft oder nicht. Es ist daher unrichtig, wenn gesagt worden ist, der Schuldner müsse, wenn er am Verzuge kein Verschulden trage, die Früchte nach Massgabe der Artt. 70 und 73 des S.O.R. restituieren, d. h. nur die bezogenen Früchte und auch diese blos, soweit er zur Zeit der Rückforderung noch bereichert sei.[1] Es ist gar nicht einzusehen, warum R. und Sch. hier das juristische Gebäude über den Haufen werfen und plötzlich zur condictio indebiti übergehen. M. E. ist entweder alles, was der Schuldner empfangen hat, Sache und Früchte, als ungerechtfertigte Bereicherung zu betrachten, und dann geht gegen ihn die condictio indebiti, oder er hat seine Leistung und die aus ihr gewonnenen Früchte rechtmässig erhalten, und dann greift jene nicht Platz. Unerklärlich ist mir aber eine Trennung derart, dass der Schuldner die Sache zurückgeben muss ohne Rücksicht auf noch vorhandene Bereicherung und Verschulden, bezüglich der Früchte dagegen nur in der Höhe der Bereicherung hafte, sofern er den Verzug nicht verschuldet habe, dass also, um die Folgen dieser Unterscheidung zu ziehen, im einen Fall ungerechtfertigte Bereicherung vorliege, im andern nicht.

Selbst wenn man die Früchte blos mit der condictio indebiti zurückverlangen könnte, darf nicht das Moment des Verschuldens am Verzuge dafür ausschlaggebend sein, ob der Schuldner nur in der Höhe der Bereicherung hafte, oder ob er alle Früchte schulde, auch die, welche er in der

[1] Schindler S. 46. Rossel S. 184. „La restitution comprendra certainement les fruits perçus dans l'intervalle par le débiteur et ceux qu'il aurait négligé de percevoir: il les devra en entier s'il n'établit pas qu'il s'est trouvé en demeure sans faute de sa part et s'il apporte cette preuve, il n'en sera tenu que dans la mesure où il s'en est enrichi."

Zwischenzeit gezogen oder zu ziehen vernachlässigt hat, sondern das würde nur davon abhängen, ob der Säumige beim Empfang in gutem Glauben war oder nicht (Art. 73 Abs. 2). In einem eventuellen Verschulden am Verzug liegt aber nicht notwendig böser Glaube.[1] Der Säumige kann trotz Verschuldens beim Empfange gutgläubig gewesen sein. Verschulden am Verzug und böser Glaube beim Empfang der Leistung stehen nicht notwendig im Zusammenhang. Dazu kommt, dass das strenge Kausalverhältnis zwischen Verschulden und Haftung fehlt, wenn man die Haftung vom Verschulden am Verzug abhängig macht. Nach Art. 124 S.O.R. muss nur der Schaden ersetzt werden, welcher infolge Verschuldens eingetreten ist. Wenn auch dieser Schaden nichts zu tun hat mit dem Nachteil, der den Parteien aus dem Verlust der gemachten Leistungen entstehen kann, so besteht doch kein Unterschied in der Haftung, ob es sich um das neu entstandene Schuldverhältnis handelt oder um den Schadenersatzanspruch des Art. 124, denn die Verzugshaftung kommt, wie schon betont, nicht in Betracht. Es ist sehr wohl denkbar, dass der Schuldner die Unmöglichkeit der Rückgabe der Früchte nicht verschuldet hat, obwohl ihn ein Verschulden am Verzuge trifft. Etwas anderes ist es, wenn v. Tuhr zu dem Schaden, welchen der irrende Kontrahent gemäss Art. 23, ersetzen muss, sofern er den Irrtum seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat, auch den kasuellen Untergang der Sache rechnet.[2] Es wird nicht der innige Kausalzusammenhang zwischen Schuld und Schaden verlangt wie in Art. 124. Die Schuld besteht in der Nichtbeobachtung der erforderlichen Sorgfalt bei Abschluss des Vertrages. Es soll nicht blos der Schaden ersetzt werden, welcher unmittelbar infolge dieser culpa eintritt. Einen solchen gibt es gar nicht, denn die Ungültigkeit des Vertrages ist nicht eine Folge der culpa, sondern des Irrtums. Die culpa könnte unmittelbaren Schaden nur

[1] Empfang der Leistung und Verzug können zeitlich auseinanderfallen. vgl. unten Ziff. 4.

[2] v. Tuhr a. a. O. Bd. 16 20.

dann verursachen, wenn sie auch beim Bestehen des Vertrages Wirkungen hätte, wie das in Art. 124 zutrifft.[1] Also nicht den Schaden muss der Irrende ersetzen, den er durch seine culpa verursacht hat, sondern denjenigen, welcher dem Andern dadurch entstanden ist, dass er sich auf den Vertrag eingelassen hat. Deshalb kann sich der Irrende befreien durch den Nachweis, dass die Sache auch beim Gegenkontrahenten untergegangen wäre oder eine Verschlechterung erlitten hätte.

b. Haftung des Gläubigers.

Grundsätzlich sind die Stellungen des Schuldners und des Gläubigers gleich. Da es jedoch in der Macht des Nichtsäumigen liegt, das Schuldverhältnis durch den Rücktritt zur Entstehung zu bringen,[2] und da anderseits das Rücktrittsrecht zu seinen Gunsten eingeführt ist, ergeben sich einige Modifikationen. Einige sind schon in § 9 genannt worden (Ausschluss des Rücktrittsrechts). Wir haben ferner gesehen, dass das Rücktrittsrecht grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist wegen zufälligen Untergangs der Sache, die der Säumige empfangen hat. Aber dieser verliert seine Gegenforderung. Wie verhält es sich nun, wenn die Gegenleistung, die der Nichtsäumige erhalten hat, durch Zufall untergeht? Kann der andere Teil mit der exceptio non adimpleti contractus seine Leistung verweigern und erlischt auch hier das Schuldverhältnis, wenn der Nichtsäumige seine Schuldlosigkeit beweist? Ich glaube, diese Frage verneinen zu müssen mit Rücksicht auf Art. 254. Der Nichtsäumige kann zurücktreten und seine Gegenleistung verlangen, auch wenn die Sache, die er erhalten hat, durch Zufall untergegangen ist.[3] Die Artt. 124 und 125 stehen dieser Auffassung nicht entgegen. Sie sagen nur, der Zurücktretende

[1] Vgl. unten § 12 Ziff. 3.

[2] wenn auch in letzter Linie der Säumige dafür verantwortlich gemacht werden muss, vgl. oben S. 107.

[3] Ebenso B.G.B. § 350. Vgl. v. Tuhr a.a.O. Bd. 1 62 ff, wo er dem Irrenden das Anfechtungsrecht gibt, auch wenn die Sache vor der An-

könne das von seiner Seite Geleistete zurückfordern. Von seiner eigenen Verpflichtung ist gar nicht die Rede. Es ist selbstverständlich, dass auch er zurückerstatten muss, wenn er imstande ist. Aber dass unverschuldete Unmöglichkeit der Rückerstattung den Anspruch auf die Gegenleistung m. a. W. das Rücktrittsrecht überhaupt ausschliesse, sagt das Gesetz nicht.

Die gegenseitigen Ansprüche verjähren in 10 Jahren.[1]

4. Beginn der Haftung.

Nachdem die Verpflichtungen der beiden Parteien festgelegt worden sind, drängt sich die Frage auf, mit welchem Zeitpunkt die Haftung auf Rückerstattung beginne. Drei Möglichkeiten sind denkbar.

a. Sie beginnt erst mit Entstehung des Schuldverhältnisses, d. h. sobald der Rücktritt erklärt ist.

b. Sie tritt ein beim Empfange der Leistungen.

c. Beide Parteien haften von dem Momente, wo der Schuldner in Verzug kommt.

Bei der Entscheidung müssen zwei Punkte wegleitend sein: Einerseits sollen sich die Parteien gegenseitig nur für verschuldete Unmöglichkeit der Rückerstattung haften, anderseits muss der zum Rücktritt berechtigte Gläubiger vor Schaden möglichst verschont bleiben.

ad a. Jeder ist für die in seiner Person begründeten Umstände, welche eine Verschlechterung oder die Unmöglichkeit der Rückgewähr zur Folge haben, verantwortlich. Veräussert nach ergangener Rücktrittserklärung ein Teil die erhaltene Gegenleistung, dann ist ihm das zum Verschulden anzurechnen, denn er weiss, dass er sie zurückgeben muss. Das Requisit des Verschuldens ist also erfüllt. Aber wie steht es mit dem Schutz des Zurücktretenden? Im allgemeinen kommt er ebenso schlecht weg, wie wenn er die Bereicherungsklage

fechtung durch Zufall untergegangen ist und zwar ohne Ersatzpflicht, sofern er den Irrtum nicht verschuldet hat.

[1] Art. 146. Nach B.G.B. § 195 erst in 30 Jahren.

anstellte. Bei beiden Klagen wird gar nicht gefragt, was der Säumige vor erklärtem Rücktritt mit der empfangenen Leistung angefangen hat. Ob sie durch Zufall, Fahrlässigkeit oder Vorsatz untergegangen ist, bleibt gleichgültig. Die vorsätzliche Vernichtung der Sache ist nicht identisch mit böswilliger Entäusserung (Art.73). Diese kann man nur demjenigen zum Vorwurf machen, welcher trotz Kenntnis seiner Nichtberechtigung sich der Sache entäussert hat. Solange er sich aber für den Eigentümer zu halten berechtigt ist, darf er nach Belieben über die Sache verfügen, sie also auch zerstören. In der Regel wird gleich nach erklärtem Rücktritt auf Rückgewähr der Leistung geklagt werden. Aber selbst wenn das nicht der Fall ist, schadet dem Gläubiger, der die condictio indebiti anstellt, eine inzwischen stattgefundene böswillige Entäusserung nicht (Art. 73). Wenn im übrigen der Schuldner für Verschulden in dieser Zwischenzeit nicht haftet, so kann sich der Gläubiger dadurch helfen, dass er diese Zeit auf 0 reduziert, d. h. die Klage sofort erhebt. Die Bereicherungsklage kann dem Nichtsäumigen unter Umständen sogar nützlicher sein. War der Bereicherte schon beim Empfang nicht in gutem Glauben (z. B. der Säumige wusste schon beim Empfange der Leistung, dass er die Gegenleistung nicht machen konnte oder wollte), dann muss er vollen Ersatz leisten. Soweit kann die Haftung nach allgemeinen Grundsätzen nicht gehen. Auf diese Weise wird dem Berechtigten also ein ungenügender Schutz zu teil.

ad b. Diesen Weg hat das B.G.B. eingeschlagen (B.G.B. § 347). Er führt am ehesten dazu, durch den Rücktritt den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der Vertrag nie geschlossen worden wäre. Aber er bringt Unbilligkeiten mit sich. § 347 Satz 1 lautet:

„Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Untergangs oder einer aus einem andern Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe bestimmt sich im Falle des Rücktritts von dem Empfange der Leistung an nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches an gelten."

Der Grund kann nur der sein: Im Falle des Rücktritts sind die Parteien vom Empfang der Leistung an Besitzer einer ihnen nicht gebührenden Sache. Tritt der Gläubiger zurück, so wird nun fingiert, dass beide Teile von Anfang an gewusst haben, dass sie unberechtigterweise im Besitze der Sache seien. Klagt der Eigentümer gegen den Besitzer auf Herausgabe der Sache, dann weiss dieser vom Moment der Klage an, dass er die Sache wieder herausgeben muss. Hier ist die strenge Haftung zu verstehen. Es kann vorkommen, dass sie auch beim gesetzlichen Rücktrittsrecht am Platze ist, nämlich dann, wenn der eine Teil schon beim Empfang der Leistung den Rücktritt des andern Teiles voraussieht, weil dieser die Gegenleistung nicht erhalten wird. Aber das sind Ausnahmen. Gewöhnlich wird dem Schuldner dieser Seherblick fehlen, z. B. A leistet vor, B hat den festen Willen, seine Gegenleistung pünktlich zu machen. Das gelingt ihm nicht, A tritt zurück. Man wird doch nicht sagen, dass B schon beim Empfang der Leistung wusste oder wissen musste, A werde zurücktreten, und er besitze somit eine ihm nicht gebührende Sache. Vielmehr durfte er mit Fug und Recht die Sache als eine ihm endgültig zukommende betrachten, auch wenn er den Verzug verschuldet hat. Er wusste ja noch gar nicht, dass er in Verzug kommen werde. Diese Unkenntnis kann ihm nicht schlechthin zum Verschulden angerechnet werden, denn vielleicht ist der Umstand, welchen er zu vertreten hat (B.G.B. § 285), erst nach Empfang der Leistung eingetreten.

Die Möglichkeit des Eintritts des Verzuges und damit des Rücktritts ist freilich immer vorhanden. Solange der Vertrag nicht von beiden Seiten erfüllt ist, besteht eine Ungewissheit. Aber jede Verkehrssicherheit und Verkehrsfreiheit würde aufhören, wenn man den beiden Vertragsparteien zumuten wollte, mit dieser entfernten Möglichkeit zu rechnen. Unter ad a wurde gesagt, es sei denkbar, dass der Bereicherte schon beim Empfange nicht in gutem Glauben war, d. h. dass er den Mangel des rechtlichen Grundes kannte. Genau genommen ist diese Kenntnis ausgeschlossen, denn der Rechtsgrund ist beim Empfang der Leistung vorhanden, und der Be-

reicherte kann höchstens den in der Zukunft liegenden Wegfall des rechtlichen Grundes voraussehen.[1] So wenig der Empfänger der Leistung diese Kenntnis immer besitzt oder besitzen muss, ebensowenig kann man, wenn man sich nicht auf den Standpunkt der Kondiktionshaftung stellt, wegen der ungewissen Möglichkeit des Rücktritts ihm Beschränkungen auferlegen. Solche muss er sich nur dann gefallen lassen, wenn der eine Teil seiner Vertragspflicht nicht nachkommt, so dass das Rücktrittsrecht des andern Teils, wenn auch nicht absolut sicher, so doch sehr wahrscheinlich ist.[2] Deshalb sage ich

ad c. Bei dem aus der Rücktrittserklärung entstehenden Schuldverhältnis wird die Haftung beider Teile zurückdatiert auf den Moment, wo der eine Teil mit seiner Leistung in Verzug kommt. Vielleicht hat der andere Teil jetzt schon das Recht zum Rücktritt (Artt. 123, 125), oder er vermag sofort Klarheit darüber zu verschaffen durch Setzung einer Nachfrist. Jetzt ist der Säumige keinen Augenblick sicher vor dem Rücktritt des Nichtsäumigen. Von nun an muss er seine Leistung zur eventuellen Rückgabe bereit halten.

Die gleiche Pflicht trifft den vertragstreuen Teil, sofern er sein Rücktrittsrecht ausüben will. Auf seiner Seite besteht oft die Besonderheit, dass der Beginn des Verzuges mit dem Empfang der Leistung zusammenfällt, dass er also vom Empfange der Leistung an haftet. Das bedeutet nicht eine verschärfte Haftung. Die Haftung beginnt für beide Teile gleichzeitig. Nur kann der Säumige unter Umständen schon vor Eintritt des Verzuges Besitzer der Gegenleistung sein, z. B. A hat am 1. Januar geleistet, die Leistung des B ist am 15. Januar fällig. An diesem Tage macht er blos eine Teilleistung, kommt also in Verzug. Jetzt beginnt sowohl die Haftung des A wie die des B.

[1] Deshalb die beigefügte Klammer auf Seite 122.

[2] Absolut sicher nur im Falle der Artt. 123, 125. Beim Mahngeschäft dagegen ist der Schuldner noch während der Nachfrist zur Leistung berechtigt.

War aber B am 15. Januar blos zur Teilleistung verpflichtet und kommt er mit der nächsten Teilleistung, die am 15. Februar fällig ist, in Verzug, dann beginnt die Haftung des A erst am 15. Februar, auch wenn er auf Grund des Teilverzuges vom ganzen Vertrage, also auch bezüglich der am 15. Januar erhaltenen Teilleistung zurücktritt.

Der Beginn des Verzuges ist massgebend für alle aus dem Schuldverhältnis sich ergebenden Verpflichtungen. Wie für die Sache selbst, so haften die Parteien einander auch für die Herausgabe der fructus percepti et percipiendi erst von dieser Zeit an. Geld ist für die vor dem Verzug verflossene Zeit nur dann zu verzinsen, wenn es dem Empfänger wirklich Zinsen gebracht. Nachher dagegen haftet er dafür unbedingt, denn die Zinsen sind Früchte, welche man regelmässig immer zu ziehen imstande ist. Anderseits haben beide Parteien Anspruch auf Ersatz der bis zum Verzugsbeginn gemachten notwendigen und nützlichen Verwendungen. Was blos zur Verschönerung der Sache angebracht wurde, kann jeder Teil wegnehmen, sofern dieses ohne Schaden möglich ist, und der andere nicht vorzieht, den Wert zu ersetzen (Art. 74). Vom Eintritt des Verzuges an aber reduziert sich der Anspruch auf die notwendigen Auslagen. Für nützliche kann jeder nur bis zum Betrage des zur Zeit der Rückerstattung noch vorhandenen Mehrwertes Ersatz verlangen. (Art. 74, Abs .1).[1]

[1] Wenn wir uns hier auf die Bestimmungen über ungerechtfertigte Bereicherung stützen, so geben wir damit unsere Konstruktion des Rücktritts nicht preis, denn nicht die Bereicherung zur Zeit der Rückforderung ist entscheidend, sondern diejenige zur Zeit des Verzugseintritts, und dann beginnt die Haftung. Auch liegt darin kein Widerspruch zu den Ausführungen auf S. 118/119.

§ 12. Schadenersatz.

1. Rücktritt und Schadenersatz im allgemeinen.

Das Rücktrittsrecht des Gläubigers besteht unabhängig davon, ob der Schuldner durch Verschulden in Verzug gekommen ist oder ohne Verschulden. Dagegen taucht die Frage nach dem Verschulden bei der Schadenersatzforderung auf. Nach Artt. 124, 125 des S.O.R. kann nämlich der zurücktretende Teil vom Säumigen Schadenersatz verlangen, wenn er ihm ein Verschulden nachweist. Diese Bestimmung ist Gegenstand eifriger Diskussion geworden. Ueber die juristische Konstruktion besteht heute noch Streit. Aus diesem Grunde hat sie der Entwurf des revidierten S.O.R. entfernt.[1]

Ob diese Lösung zweckmässig ist, bleibe dahingestellt. Auch der Code civil gestattet in Art. 1184 neben dem Rücktritt eine Klage auf Schadenersatz.[2] Nicht so das B.G.B. Allein es hat nicht an Stimmen gefehlt, welche darin einen Mangel im Schutze des vertragstreuen Teils sehen, und auch in neuester Zeit ist die Forderung nach Schadenersatz neben dem Rücktritt wieder erhoben worden.[3]

Die Voraussetzungen des Schadenersatzanspruches sind ein Verschulden des Säumigen und Auflösung des Vertrages. Das S.O.R. kennt verschiedene Fälle, wo trotz einem nachträglich weggefallenen Vertrage Schadenersatzansprüche entstehen. Es handelt sich um diejenigen Geschäfte, welche das B.G.B. anfechtbar nennt.[4] Zur Vergleichung ziehe ich nun den Art. 23 heran.

[1] vgl. Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung zum Entwurf des rev. S.O.R. S. 18.

[2] Weitere Beispiele s. unten Ziff. 5.

[3] Vgl. unten Ziff. 5.

[4] S.O.R. Artt. 5 Abs. 2, 23, 33 Abs. 3, 48, B.G.B. §§ 119, 120, 123, 1330 ff., 1594 ff., 2340 ff.

2. Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht des Irrenden.

Ob im S.O.R. die Auffassung niedergelegt ist, dass das anfechtbare Geschäft erst gültig werde, wenn die Anfechtungsfrist unbenutzt verstrichen ist, dass es vorher gar nicht existiere,[1] oder ob unser Gesetz die Theorie des B.G.B. teilt, dass das Geschäft von Anfang an voll wirksam und mit ex tunc Wirkung vernichtbar sei, ist für unsere Frage unerheblich. Die letztere Ansicht dürfte die richtige sein, denn es kann für den Vertrag während der Anfechtungsfrist in gültiger Weise Bürgschaft geleistet, ein Pfandrecht bestellt werden. Der Nichtirrende kann klagen, der Irrende ihm natürlich die Einrede des Irrtums entgegenhalten.[2] Darin stimmen die beiden Gesetzbücher zweifellos überein, dass durch die Anfechtung der Zustand hergestellt werde, als ob der Vertrag nie geschlossen worden wäre.[3]

Näch Art. 23 muss der Anfechtende Schadenersatz leisten, wenn er den Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat. Der Vertrag besteht nicht mehr, ja es wird angenommen, er habe gar nie bestanden, also kann aus dem Vertrag nicht geklagt werden. Wie steht es mit dem Verschulden? Wenn der Vertrag nicht vorhanden ist, kann es auch kein vertragliches Verschulden geben. Anderseits: Wenn die Parteien nie zu einander in Beziehung getreten wären, um den Vertrag zu schliessen, könnte man von einem Verschulden wieder nicht sprechen. Also weder vertragliches noch ausservertragliches Verschulden, und doch ist ein Verschulden nicht zu leugnen. Die Wahrheit liegt in der Mitte. Hier taucht die von Ihering begründete Theorie der culpa in contrahendo auf.[4] Die culpa besteht nicht darin, dass der

[1] So v. Tuhr a.a.O. 17 45.

[2] Aus der Vorlesung von Huber in Bern.

[3] B.G.E. 25 II 124: „Der vom Beklagten geltend gemachte Mangel beim Vertragsschluss hindert das Zustandekommen eines für den Anfechtungsberechtigten verbindlichen Vertrages überhaupt. Der Vertrag ist in diesem Fall als von Anfang an ungültig zu betrachten."

[4] Ihering, Jahrbücher 4 1 ff.

eine Teil den andern zum Vertragsschluss veranlasste, auch nicht darin, dass er den Vertrag nicht hält, denn er muss ja gemäss Art. 23 nur dann Schadenersatz leisten, wenn ihn ein Verschulden trifft, sondern zur culpa wird ihm der Umstand angerechnet, dass er bei Entstehung des Vertragsverhältnisses es an der nötigen diligentia hat fehlen lassen.

Ihering betrachtet die culpa in contrahendo als eine kontraktliche Schuld, „denn das Gebot der kontraktlichen diligentia gilt wie für gewordene, so auch für werdende Kontraktsverhältnisse, eine Verletzung derselben begründet hier wie dort die Kontraktsklage auf Schadenersatz. Die culpa in contrahendo ist nichts als die kontraktliche culpa in einer besonderen Richtung.“ [1]

So viel über die culpa in contrahendo schon geschrieben worden ist, so sind die Ansichten doch immer noch geteilt. Zwar wird ihre Existenz von der herrschenden Meinung anerkannt, aber die Frage, ob es sich um eine kontraktliche oder um eine ausserkontraktliche Schuld handle, wird verschieden beantwortet. Im S.O.R. erscheint die c. in contr. in den Artt. 5 Abs. 2, 23, 33 Abs 3, 48. Hafner verweist in seinem Kommentar bei diesen Artt. für den Schadenersatz auf Artt. 50 ff., also auf einen deliktischen Anspruch. Auch v. Tuhr sieht in der Ersatzpflicht des Irrenden einen Spezialfall des allgemeinen in Art. 50 ausgesprochenen Prinzips.[2] Konsequent sagt er, der Kläger müsse das Verschulden beweisen. Nicht Art. 115, sondern Art. 62 komme in Betracht, wonach der Geschäftsherr sich befreien kann. Die Verjährung richte sich nicht nach Art. 146, sondern nach Art. 69. Aehnlich äussert sich Melliger[3]: „Da der Mangel eines gültigen Vertrages die Voraussetzung unseres Anspruches ist, so haben wir es mit der ausservertraglichen Haftung zu tun.“ Und S. 71: „Die übrigen

[1] Ihering a. a. O. S. 52.

[2] v. Tuhr a.a.O. 16[25]: „Nun gehört Art. 23, wie ich annehme, zum Gebiet des ausserkontraktlichen Schadens.“

[3] Melliger: Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen. Zürich 1898, S. 67.

(ausser Art. 58) im S.O.R. erwähnten Fälle des negativen Vertragsinteresses bilden, wenn wir von Art. 5 Abs. 2 und 48 absehen, lediglich eine Anwendung des in Art. 50 ausgesprochenen Grundsatzes auf bestimmte Nichtigkeitskategorien."

In neuester Zeit hat sich Schollmeyer dafür ausgesprochen, dass die c. in contr. nicht Haftpflicht aus Delikt sei. Die Sache verhalte sich nicht so, dass jede Haftpflicht ausserhalb von Rechtsgeschäften deliktische Haftpflicht sei, sondern zwischen die Haftpflicht aus Rechtsgeschäften und diejenige aus Delikten schiebe sich die Haftpflicht aus Verschulden beim Abschluss von Rechtsgeschäften ein. Auch hier handle es sich schon um die Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten.[1]

3. Voraussetzungen des Schadenersatzanspruches des zurücktretenden Gläubigers.

Man hat schon versucht, auch in dem in den Artt. 124, 125 geforderten Verschulden eine c. in contr. zu finden. Die Voraussetzungen des Schadenersatzes sind hier wie in Art. 23 Auflösung des Vertrages und Verschulden des Säumigen. Betrachten wir auch hier zuerst die Auflösung des Vertrages.

Während das anfechtbare Geschäft von vorneherein an einem Mangel leidet und dadurch den Keim künftiger Vernichtung in sich trägt, besteht vor dem Rücktritt ein vollkommen gesunder Vertrag, dessen Auflösung von keiner Seite mit Sicherheit vorausgesehen werden kann. Um seine Auflösung herbeizuführen, muss noch etwas hinzukommen, beim Vertragsschluss sind die Voraussetzungen des Rückgängigmachens noch nicht gegeben. Der Rücktritt hat nicht dieselbe Wirkung wie die Anfechtung. Der Vertrag wird nicht als nie vorhanden angesehen. In § 10 wurde ausgeführt, dass die causa nicht weggefallen, und dass deshalb nicht die Bereicherungsklage Anwendung findet. Nur die ursprünglichen Vertragsverpflichtungen erlöschen. Dass der Vertrag fernerhin die

[1] Schollmeyer, Kommentar S. 155.

Quelle anderer Wirkungen bilde, ist nicht ausgeschlossen. Der Rücktritt enthebt die Parteien ihrer Verpflichtungen, soweit sie noch nicht erfüllt sind, wirkt also ex nunc, die Anfechtung vernichtet den Vertrag ex tunc.

Da der Vertrag in einwandfreier Weise geschlossen worden ist, kann keine culpa mitunterlaufen sein. Möglicherweise steht schon beim Vertragsschluss fest, dass der Schuldner seinen Pflichten nicht wird nachkommen können, ohne dass es sich um eine objektiv unmögliche Leistung handelt. Dann besteht sein Verschulden darin, dass er sich auf einen solchen Vertrag überhaupt eingelassen hat. Aber das nennt man nicht c. in contr. Diese macht nicht für die Nichterfüllung oder nicht richtige Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeiten verantwortlich, sondern nur für Fehler, welche den Vertragsschluss an sich als einen mangelhaften und deshalb anfechtbaren erscheinen lassen.

Während ferner das Verschulden des Irrenden nur dann geltend gemacht werden kann, wenn der Vertrag nicht zustande kommt, besteht es in den Artt. 124, 125 unabhängig davon, ob der Vertrag gehalten wird oder nicht. Damit bekommt unsere culpa eine Eigenschaft, welche Marcusen für die culpa in contrahendo verlangt, falls sie wirklich eine kontraktliche Schuld sein sollte.[1] Der Gläubiger kann auf Erfüllung und Schadenersatz wegen Verspätung klagen (Art. 110). Der Grund des Schadenersatzes ist in beiden Fällen (beim Rücktritt und bei der Erfüllungsklage) dieselbe culpa, die Schuld an dem Schaden, den der Gläubiger infolge Verzuges erlitten hat. Ob man zurücktritt oder beim Vertrag beharrt, ändert nichts am Wesen dieser culpa.

Aus diesen Darlegungen geht hervor, dass das Verschulden, welches in den Artt. 124, 125 vorausgesetzt wird, nicht culpa in contrahendo ist. Sowohl Melliger als Marcusen

[1] Zeitschrift d.b.J.V. Marcusen: Das negative Vertragsinteresse 26126. „Wäre die c. in c. wirklich eine kontraktliche Schuld, so müsste eine Haftung für dieselbe nicht blos im Falle der Nichtigkeit, sondern auch im Falle der Gültigkeit des Vertrages eintreten."

vermeiden es, in ihren Arbeiten auf die Artt. 124, 125 hinzuweisen. Auch Hafner macht eine Trennung. Obwohl er bei den verschiedenen Fällen der c. in contr. auf Art. 50 hindeutet, sagt er, der Schadenersatzanspruch in Art. 124 ruhe auf dem Vertrag.[1] Mit Rücksicht auf die Unterschiede, welche zwischen der culpa in Art. 124 und der c. in contr. bestehen, kann man Hafner einen Widerspruch nicht zum Vorwurf machen, und diese Unterschiede berechtigen uns zu der Annahme, dass wir es zum mindesten in den Artt. 124, 125 mit einer kontraktlichen culpa zu tun haben. Demgemäss richtet sich die Verjährung nach Art. 146. Diese Ansicht vertritt auch das B.G.

Das Verschulden muss dem Säumigen vom Zurücktretenden nachgewiesen werden. Regelmässig liegt bei der Haftung aus Vertrag die Beweislast nicht dem Kläger ob, sondern es ist Sache des Beklagten, zu beweisen, dass ihn kein Verschulden treffe (Art. 110). Bei den unerlaubten Handlungen dagegen muss der Kläger den Beweis des Verschuldens erbringen (Artt. 50 ff.). Die Regelung der Beweislast in Art. 124 spricht eher für eine Klage aus unerlaubter Handlung. Aber aus der Beweislast allein darf man nicht den Charakter der Klage bestimmen. Abs. 2 des Art. 241 verweist für weitern Schadenersatz auf Art. 116. Damit kann nur Abs. 3 des Art. 116 gemeint sein, denn der unmittelbare Schaden ist vorgesehen in Ziffer 4 des Art. 241. Art. 116 Abs. 3 lautet: „Ob bei schwerem Verchulden in einem weiteren Umfange, als im ersten Absatz bestimmt ist, Schadenersatz zu leisten sei, bleibt dem richterlichen Ermessen vorbehalten." Nun muss, obgleich aus dem Vertrage geklagt wird, der Kläger das schwere Verschulden beweisen.[2] Den Beklagten trifft die Beweislast nur für Abs. 1 und 2. Nach der Praxis des B.G. ist der Käufer, der die Wandelungsklage nicht anstellen kann, nicht einzig auf die Preisminderungsklage beschränkt, sondern es gibt ihm nach allgemeinen

[1] Hafner zu Art. 124 Note 2.
[2] Hafner zu Art. 116 Note 6.

Grundsätzen des Vertragsrechts (Art. 110) immer noch eine selbständige Schadenersatzklage, sofern die fehlerhafte Lieferung ihm zum Verschulden anzurechnen sei. „Die Beweislast hiefür trifft den Käufer.“[1]

Blumenstein[2] fasst den Verschuldensbegriff in Artt. 124, 125 als einen durchaus selbständigen auf, der seiner Natur nach eher unter die Bestimmungen der Artt. 50 ff. als unter diejenigen der Artt. 110 ff. passe. Konsequent sagt er, das Verschulden sei kausal für den entstandenen Schaden, dagegen nicht für die nicht rechtzeitige Erfüllung. Für diese letztere sei ein Verschulden nicht erforderlich. Dagegen ist zu erwidern: Das Verhältnis von Ursache und Wirkung besteht nicht blos zwischen Verschulden und Schaden, sondern auch zwischen nicht rechtzeitiger Erfüllung und Schaden. Nur derjenige Schaden, der infolge des Verzuges eingetreten ist, kann geltend gemacht werden. Diese beiden Ursachen, Verschulden und Verzug, sind einander aber nicht koordiniert, sondern das Verschulden ist Ursache des Verzuges. Das Verschulden schiebt sich nicht zwischen Verzug und Schaden hinein, sondern sein Ursprung geht weiter zurück. Wenn das Verschulden für den Schaden kausal ist, ist es immer auch für den Verzug kausal, denn sonst fehlt es an der petitio principii, dass der Verzug die Ursache des Schadens sei. Dagegen kann das Verschulden für den Verzug kausal sein, ohne dass dieses Abhängigkeitsverhältnis zwischen Verschulden und Schaden besteht. Dann besteht keine Schadenersatzpflicht m. a.W.: Der Schaden muss infolge verschuldeten Verzuges eingetreten sein.

Beispiel: Ich beweise, dass ich mit dem Maskenkleid den ersten Preis von 100 Fr. erhalten hätte. Der Schuldner weist aber nach, dass ich verhindert gewesen wäre, am Ball

[1] B.G.E. 17317, 20 Nr. 101 E 3. Hafner zu Art. 254 Note 8. Dagegen ein Urteil in Z.b.J.V. 43385, welches diesen Schadenersatzanspruch zwar auch anerkennt, aber darin einen Anspruch sui generis sieht, der nicht unter Artt. 110 ff. falle.

[2] Z. b. J. V. 36289. Blumenstein: Begriff des Verschuldens in Artt. 124. 125.

teilzunehmen, auch wenn er rechtzeitig geliefert hätte. Oder ich habe mit Freunden gewettet, ich würde den ersten Preis bekommen. Der Schuldner beweist, dass ich die Wette verloren hätte.

Der Kläger muss nicht ein schweres Verschulden beweisen wie in Art. 116 Abs. 3. Der Säumige haftet für jede Fahrlässigkeit.[1] Seine blosse Weigerung zu leisten macht ihn ersatzpflichtig. In der Uebernahme einer Vertragspflicht trotz zweifelhafter Möglichkeit der Erfüllung liegt ein Verschulden.[2] Das Verschulden ist immer Voraussetzung der Schadenersatzklage, auch beim Fixhandelskauf. Es besteht gar kein Grund, wie Rossel selbst zugibt, hier vom Erfordernis des Verschuldens abzusehen. Der Käufer ist zurückgetreten, und Art. 124 kommt zur Anwendung.[3] Dennoch lässt Rossel die Klage zu, auch wenn keine culpa vorliegt.[4] Sehr geschickt ist der Abs. 2 des Art. 234 freilich nicht abgefasst: „..., wi-

[1] vgl. Art. 113. Bl.f.z.R. 7 173 Nr. 82. Es könne nicht im Willen des Gesetzes gelegen haben, für das Verschulden des säumigen Teils einen besonders strengen Beweis zu fordern; in den meisten Fällen werde das Verschulden so offen liegen, dass es eines weitern Beweises nicht bedürfe.

[2] B.G.E. 19 932, 20 1078, 21 792, 22 515, 1203 (wissentliches Nichthalten eines Vertrages), 23 391, 1809, 25 II 67, 400, 26 II 130, 136, 29 II 516: Der Beklagte hat eine Sache veräussert, über welche er kein Verfügungsrecht hatte. 32 II 270, 458, Bl.f.z.R. 7 145 Nr. 66. Z.b.J.V. 38 14. Bl.f.z.R. 7 173 Nr. 82: Jemand hat sich in einem Vertrage über seine ökonomischen Kräfte engagiert. H.E.7 321: „Verschulden darin liegend, dass beim Lieferungskauf der Verkäufer nicht gehörig überlegt hat, wie viel Arbeitskräfte ihm sicher zu Gebote stehen, wobei er auch die Möglichkeit ins Auge zu fassen hatte, dass der Sommer schönes Wetter bringe und infolge dessen die auswärts beschäftigten Handwerker mehr den Feldarbeiten obliegen werden als bei schlechtem Wetter." vgl. Schneider u. Fick zu Art. 124.

[3] Ebenso Hafner zu Art. 124 Note 7. Z.b.J.V. 31 266.

[4] Rossel S. 346. „Ce qui distingue essentiellement le cas de l'art. 234 de celui de l'art. 123, outre la commercialité de l'opération prévue par le premier de ces textes, c'est d'abord que l'acheteur, dans l'espèce de l'art. 234 n'a pas à prouver la faute de son co-contractant pour avoir le droit de l'actionner en dommage et intérêts (alias art. 123, 124) sans qu'on puisse s'expliquer la raison des solutions différentes admises sur ce point par notre loi dans des hypothèses en somme identiques."

drigenfalls er nicht mehr auf Erfüllung des Vertrages, sondern nur auf allfälligen Schadenersatz klagen kann.“ Das Adjektiv „allfälligen“ ist ganz überflüssig, denn es ist selbstverständlich, dass man auf Schadenersatz nur dann klagen kann, wenn wirklich ein Schaden entstanden ist. Dagegen hätte das Wort als Adverb einen Sinn: „. . . . . sondern nur allfällig auf Schadenersatz klagen kann,“ d. h. nur wenn dem Säumigen ein Verschulden zur Last fällt.

4. Höhe des Schadenersatzes.

Das S.O.R. unterscheidet nicht zwischen positivem und negativem Vertragsinteresse, sondern es spricht vom Ersatz desjenigen Schadens, „welcher bei Eingehung des Vertrages als unmittelbare Folge der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages vorhergesehen werden konnte,“ und von Schaden in weiterem Umfange (Art. 116). Wenn wir der Kürze halber jenen den unmittelbaren, diesen den mittelbaren Schaden nennen, so ist das nicht identisch mit positivem und negativem Interesse. Da aber nach der Praxis des B.G. zum unmittelbaren Schaden auch der entgangene Gewinn gehören kann,[1] (wenn nämlich die Ware zur Weiterveräusserung bestimmt sei), so ist es möglich, dass der unmittelbare Schaden die Höhe des positiven Interesses erreicht. Noch öfter werden sich mittelbarer Schaden und positives Interesse decken. Wenn das B.G. in seinen früheren Entscheidungen für den aus Artt. 124, 125 resultierenden Schadenersatzanspruch auf Art. 116 hingewiesen hat,[2] so war damit weder auf das positive noch auf das negative Interesse ausdrücklich erkannt.

[1] B. G. E. 23 1101, revue der Gerichtspraxis 15 113, Z. b. J. V. 24 441, 43 154.

[2] B.G.E. 19 932: „Als ersatzfähiger Schade ist nach Art. 116 O.R. derjenige zu bezeichnen, der bei Eingehung des Vertrages als die unmittelbare Folge der Nichterfüllung vorhergesehen werden konnte, also jedenfalls der Preisrückgang der Ware zur Erfüllungszeit gegenüber dem Kaufpreis, sowie die Auslagen für Ueberlassung und Lagerung in Rotter-

Da die beiden zitierten Urteile Handelskäufe betreffen, wird vermutet, dass die Ware zu jeder Zeit hätte verkauft werden können. Aus demselben Grunde darf angenommen werden, der Kaufpreis sei mit dem zur Zeit des Kaufabschlusses herrschenden Marktpreis identisch gewesen. Nur wenn das zutrifft, bedeutet die Differenz zwischen Kaufpreis und Marktpreis zur Erfüllungszeit nebst den Auslagen Ersatz des negativen Interesses. Tritt der Verkäufer zurück, dann soll er erhalten, was er gehabt hätte, wenn von dem Vertrage nie die Rede gewesen wäre. War der Kaufpreis aber grösser resp. kleiner als der Marktpreis, und erhält der Verkäufer dennoch die Differenz zwischen Kaufpreis und Marktpreis zur Erfüllungszeit, so wird ihm das positive Interesse ersetzt. Er bekommt soviel, als er bei Gültigkeit des Vertrages gehabt hätte. Dieser Betrag kann grösser oder kleiner sein als das negative Interesse. Möglich ist, dass der Verkäufer nachweist, er habe im Vertrauen auf den Vertrag eine andere Verkaufsgelegenheit, welche ihm ebenfalls einen ungewöhnlich hohen Gewinn eingebracht hätte, zurückgewiesen. Deckt sich der bei diesem versäumten Kauf verabredete Preis mit dem Kaufpreis, welchen sein wirklicher Käufer ihm versprochen hatte, dann ist die Differenz zwischen Kaufpreis und Marktpreis doch Ersatz des negativen Interesses, trotzdem der Kaufpreis höher war als der Marktpreis zur Zeit des Kaufabschlusses.

In neueren Entscheidungen hat das B.G. dem Zurücktretenden ausdrücklich das positive Interesse zugesprochen.[1] Es führt in B.G.E. 29 II 516 aus, der Rücktretende habe dem Säumigen lediglich die Möglichkeit späterer Erfüllung entziehen wollen. Seine Absicht sei nicht gewesen, den Vertrag

dam, für Certificate, Porti und Telegramme." 22 516: Der Schadenersatz bestehe in der Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und demjenigen Preis, den er zur Zeit der geschuldeten Abnahme durch den Weiterverkauf erlösen konnte, ferner in den vergeblichen Auslagen, welche dem Verkäufer infolge der Annahmeverweigerung voraussichtlich erwachsen würden und wirklich erwachsen sind.

[1] So auch in H.E. 16 9.

als von Anfang an aufgehoben zu erklären. In diesem Falle könnte nur auf das negative Interesse erkannt werden. Damit widerspricht das B.G. der in Bd. 25 II [399] vertretenen Auffassung, dass durch den Rücktritt der Vertrag von Anfang an aufgehoben werde.[1] Eine Ansicht muss falsch sein. Der Rücktritt kann nicht, wie es den Parteien jeweilen am besten passt, verschiedene Wirkungen haben. Die Kontrahenten werden häufig verabreden, oder es wird sich aus der Natur der Dinge als selbstverständlich ergeben, dass das Schuldverhältnis, soweit es vor dem Rücktritt schon erfüllt ist, von diesem nicht berührt werden soll, dass also die empfangenen Leistungen nicht zurückzugewähren seien (z. B. bei der Miete), aber die Parteiabsicht in concreto darf nicht zu schwankender Unsicherheit in der juristischen Konstruktion des Rücktritts führen. Die beiden Urteile lassen sich aus folgenden Gründen nicht mit einander in Einklang bringen: Der Rücktritt hat einerseits nicht die Wirkung, dass der Vertrag als von Anfang an ungültig angesehen wird wie bei der Anfechtung. Anderseits ist es willkürlich und wird der Sprache Zwang angetan, wenn trotz des Rücktritts der Vertrag aufrecht erhalten wird. Das heisst den urspünglichen Inhalt des Vertrages umwandeln in einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Das nennt man aber nicht Rücktritt. Auch Hafner sagt, der Schadenersatzanspruch trete nicht an Stelle des ursprünglichen Vertragsobjektes, sondern nur ergänzend neben das Rücktrittsrecht.[2] Die Wahrheit dürfte darin liegen, dass der Rücktritt den Vertrag zwar nicht aus der Welt schafft, aber doch dessen Wirkungen beseitigt, indem er die aus dem Vertrage entspringenden Verpflichtungen erlöschen lässt.

Das praktische Bedürfnis hat das B.G. zu jener Entscheidung gedrängt. Ist sie, abgesehen von den genannten Einwänden, vom juristischen Gesichtspunkte aus zu billigen? Die Römer würden sich schwerlich mit ihr befreundet haben. Dem Rücktretenden das Erfüllungsinteresse zuzusprechen, erschiene ihnen

[1] vgl. oben S. 106, Anm. 1.

[2] Hafner zu Art. 124 Note 2.

als ein Verstoss gegen die Logik. Die Motive zum B.G.B. sprechen sich ebenfalls in diesem Sinne aus.[1] „Rücktritt und aus dem Vertrag entspringender Anspruch auf Schadenersatz schliessen sich aus, denn der Rücktritt soll die Beteiligten in die Lage versetzen als ob der Vertrag gar nicht geschlossen worden wäre. Hiermit verträgt sich ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse nicht." Auch wir kommen nicht darüber hinweg. Aber das S.O.S. hat ähnliche Verstösse sanktioniert.

Bei der Eviktion kann nach römischem Recht der Evinzierte auf das positive Interesse klagen, er verlangt Schadenersatz an Stelle der Erfüllung.[2] Infolgedessen hat der Käufer nicht Anspruch auf den Kaufpreis, sondern auf sein Interesse, auf den Wert, welchen die Sache besass. Nach S.O.R. Art. 241 jedoch ist der Kaufvertrag als aufgehoben zu betrachten. Daher kann der Käufer den Kaufpreis zurückfordern, auch wenn er grösser ist als der Wert der Sache. Dadurch wird unter Umständen das positive Interesse sogar überschritten. Das S.O.R. ist hierin dem französischen Rechte gefolgt (Code civil art. 1630). Sollte dem Evinzierten durch die Rückerstattung des Kaufpreises nicht aller Schaden ersetzt sein (der Kaufpreis ist kleiner als der Wert der Sache), so hat er das Recht auf Ersatz des unmittelbaren und bei Verschulden auf Vergütung noch weiteren Schadens. Dieser Ersatz ist zwar nicht identisch mit dem positiven Interesse, kann aber, wie wir gesehen haben, dessen Höhe erreichen. Nach römischer Auffassung wäre gegen diesen Schadenersatz nichts einzuwenden, wohl aber gegen die Mischung von Aufhebung und Schadenersatz in diesem Betrage. Bei der Wandelung, wo der Kauf rückgängig gemacht wird, gibt das römische Recht nach der einen Ansicht überhaupt keine Schadenersatzklage, nach der andern eine Klage auf das negative Interesse.[3] Das S.O.R. verpflichtet den Verkäufer zum Ersatz des durch die fehlerhafte Lieferung unmittelbar verursachten Schadens und bei

[1] Motive 2^{210}.

[2] vgl. Dernburg, Pandekten 2^{274}.

[3] vgl. oben S. 101.

Verschulden des Verkäufers zu weiterer Entschädigung. Auch hier kann sie das positive Interesse erreichen (Art. 253).[1]

Wir haben die Verwandtschaft zwischen Wandelung und Rücktritt hervorgehoben und sind dazu gelangt, Analogien zu ziehen zwischen den beiden Instituten. Wenn das B.G. dem Zurücktretenden eine Klage auf das Erfüllungsinteresse gibt, so hat es damit Rücktritt und Schadenersatz wegen Nichterfüllung vermischt.[2] Es kann diese Entscheidung nur rechtfertigen unter Hinweis auf die Behandlung der Eviktion und der actio redhibitoria im S. O. R. Die Verurteilung auf das positive Vertragsinteresse ist nur dem Bedürfnis nach einer Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung entsprungen. Wie schon bemerkt, führt der Entwurf des revidierten S.O.R. diese Klage ein.

Nach der Rechtssprechung des B.G. kann der Gläubiger den konkreten oder den abstrakten Schaden geltend machen. „Der abstrakte Schade besteht in der Differenz zwischen dem vertragsmässigen Kaufpreis einerseits und dem Verkehrswert des Kaufobjekts in dem Moment, wo der Verkäufer vom Vertrage zurücktritt oder in dem Zeitpunkt, auf welchen die Abnahme des Kaufobjektes hätte erfolgen sollen, anderseits."[3] Der Nichtsäumige darf also seiner Schadensberechnung den Marktpreis bei Beginn des Verzuges oder den Marktpreis im Moment des Rücktritts zu Grunde legen, denn bis zu diesem

[1] Bl. f. z. R. 6 127 Nr. 73. Neben der Wandelungsklage könne als Schaden eingeklagt werden der Gewinn, welcher bei der Weiterveräusserung fehlerfreier Ware zu erzielen gewesen wäre.

[2] vgl. B.G.E. 22 516. Der Kläger könne vom Vertrage zurücktreten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. vgl. auch Bl.f.z.R. 7 145 Nr. 66, oben S. 91 Anm. 1.

[3] B.G.E. 33 II 243. Ausserdem 32 II 272, 26 II 139: „Die Schadenersatzforderung des Klägers setzt nicht notwendig den Nachweis eines konkreten z. B. aus einem Deckungskauf resultierenden Schadens voraus, sondern Kläger ist berechtigt, einfach die Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem Marktpreis zur Zeit und am Ort der schuldigen Lieferung als den ihm nach Art. 124 zu vergütenden Schaden zu fordern." vgl. ferner Bl.f.z.R. 6 252 Nr. 161.

Zeitpunkte wird die Leistung geschuldet.[1] Erst durch die Rücktrittserklärung bez. den unbenutzten Ablauf der Nachfrist erlischt das Recht auf Erfüllung. Bei Waren, die grossen Preisschwankungen unterliegen, kann die Nachfrist in dieser Hinsicht von Bedeutung werden, z. B. der Kaufpreis betrug 100, der Marktpreis zur Erfüllungszeit 80, nach Ablauf der Nachfrist nur noch 70.

Wir haben oben[2] gesagt, es sei denkbar, dass der Gläubiger die Nachfrist setze, nur um auf den Schaden des Schuldners zu spekulieren. Das bezog sich eben auf diese Berechnung des Schadenersatzes. Ist die spekulative Absicht offenkundig,[3] dann ist der Gläubiger nicht berechtigt, den

[1] Bl. f. z. R. 5[328]. Verkäufer könne nicht verlangen, dass nur die Preislage vom 21.—24. IX. in Betracht komme, weil er schon am 20. IX. bestimmt erklärt habe, nicht liefern zu wollen und nicht liefern zu können. Käufer sei nicht verpflichtet, von seinem Rücktrittsrecht sofort Gebrauch zu machen, und wenn inzwischen der Wert des Lieferungsanspruches steige, dann könne bei später erfolgendem Rücktritt der höhere Wert berechnet werden. Vom Marktpreis zu Beginn des Verzuges wird überhaupt nicht geredet in B.G.E. 19[923]: Am 31. XII. setzten die Kläger eine 8tägige Frist zur nachträglichen Erfüllung mit der Androhung der Vertragsauflösung. Am 15. I. liessen sie die zurückgewiesene Ware schätzen und verlangten den Preisunterschied zwischen Verkaufspreis und dem Marktpreis am 15. I. Die Beklagten hielten aber entgegen, der 8. I. sei massgebend. Dem pflichtete das B.G. bei. „Es ist an sich richtig, wenn die Beklagten heute behaupten, der Stand der Preise am Erfüllungstage, d.h. am 8. I. und nicht am 15. I. komme in Betracht." Der 15. deshalb nicht, weil der Vertrag schon am 8. I. aufgelöst war. Mit dem Erfüllungstage ist nicht der Verzugsbeginn, der Tag, an welchem die Leistung hätte erfolgen sollen, gemeint, sondern der Tag, bis zu welchem sie vermöge der Nachfrist gemacht werden konnte. Der Beklagte hatte sich schon am 19. XII. geweigert, die angebotene Leistung anzunehmen und zu bezahlen.

vgl. auch Staub Exk. zu § 374 Anm. 62. R.G. 50[262, 269]. R.O.H.G. 11[182].

[2] S. 60, 64.

[3] Aus der Erklärung des Schuldners weiss der Gläubiger bestimmt, dass jener die Ware, welche im Preise fortwährend steigt, nicht wird liefern können. Fälligkeitstermin ist der 1. V. Er setzt eine Nachfrist von

Marktpreis nach Ablauf der Nachfrist als Minuendus bez. Subtrahendus sich zu Nutzen zu machen, sondern nur den Marktpreis bei Beginn des Verzuges.

5. Bestrebungen, neben dem Rücktritt Schadenersatzanspruch zu gewähren.

In seinen Motiven bemerkt Munzinger[1]: „Nach dem deutschen Gesetz (Art. 355 a. H.G.B.) hat der Käufer die dreifache Wahl, entweder Erfüllung nebst Schadenersatz oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage abzugehen. Nun aber soll nach unserer Ansicht der Käufer auch in diesem letzteren Falle ein Recht auf Schadenersatz beanspruchen können; kann er dies aber, so ist dann das zweite Wahlrecht überflüssig.“ Im Entwurf des revidierten S.O.R. wird umgekehrt verfahren. Aus Gründen juristischer Natur wird der Schadenersatz neben dem Rücktrittsrecht preisgegeben zu Gunsten der Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Man konnte sich nicht entschliessen, dem Zurücktretenden auch ferner die Schadenersatzklage zu gewähren, obwohl sich in der Literatur zum B.G.B., um einem praktischen Bedürfnisse zu genügen, das Bestreben zeigt, das einzuführen, was das S.O.R. aufzugeben im Begriffe ist. Schon bei der Entstehung des B.G.B. hat Lehmann der Behauptung der Motive, dass Rücktritt und Schadenersatz sich ausschliessen, entgegengehalten, die juristischen Schwierigkeiten dürften nicht dazu führen, ein dringendes praktisches Bedürfnis unerfüllt zu lassen.[2]

14 Tagen, da er voraussieht, dass die Ware innert dieser Frist bedeutend steigt. Bei der Schadensberechnung darf er nur die Differenz zwischen Kaufpreis und Marktpreis am I. V., nicht zwischen Kaufpreis und Marktpreis am 15. V. verlangen.

[1] Munzinger: Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechts 1865, S. 245.

[2] Gust. Lehmann: Die Ausweitung der debitorischen Verzugswirkung, 1891, S. 26: „Ist es aus legislativen Zweckmässigkeitsrücksichten

Auch habe das Gericht schon in diesem Sinne entschieden, z. B. in R. O. H. G. 14[21]: „Nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts kann die Verpflichtung desjenigen Teils, welcher durch Verletzung seiner kontraktlichen Pflichten dem andern Teile einen gerechtfertigten Grund gegeben hat, den Vertrag für aufgehoben zu erklären, den Gegner schadlos zu halten, keinem Zweifel unterliegen." L. führt einige Gesetze an, welche neben dem Rücktritt Schadenersatzansprüche zulassen: Das Zivilgesetzbuch von Graubünden (1862) in Art. 340, das alte Privatgesetzbuch von Zürich (1855) in Artt. 1402, 1432, 1590, das Zivilgesetzbuch von Italien (1865) in Art. 1165, der Entwurf eines B.G.B. für Bayern (1860) in Art. 138.

Auch Rudolph findet, der vertragstreue Teil sei zu wenig geschützt im B.G.B., und er verlangt neben dem Rücktritt einen Anspruch auf das volle Vertragsinteresse,[1] während Eiswaldt[2] Ersatz des negativen Interesses wünscht im Anschluss an die culpa in contrahendo. Das B.G.B. habe sich in andern Fällen nicht gescheut, neben der Auflösung des Vertrages Schadenersatz zu gewähren.[3] So erhält beim Dienstvertrag (§ 628 Abs. 2) derjenige, der durch das vertragswidrige Verhalten des andern Teils zur Kündigung veranlasst wurde, ein Recht auf Ersatz des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens.

geboten, neben dem Rücktritt noch eine Schadenersatzforderung zuzulassen, so ist eine solche auch zu normieren. Lässt sie sich nicht als ein aus dem Vertrag entsprungener Anspruch auffassen, so tut es ja nichts. Dann charakterisiert sie sich als eine solche ex lege. Schon die Römer nahmen es in derartigen Fällen nicht so genau. Sie liessen in einem Falle der Nichtigkeit des Kaufkontraktes einen Schadenersatzanspruch zu, der, obwohl infolge der Nullität ein Vertrag gar nicht vorhanden war, mit der betreffenden Kontraktsklage geltend gemacht wurde."

[1] Rudolph: Besteht für denjenigen, welcher einen Vertrag durch Ausübung eines Rücktrittsrechts auflöst, ein Anspruch auf Schadenersatz gegen den Gegner? Diss, Greifswald 1906. vgl. S. 42.

[2] Eiswaldt, Rücktritt und Zurückweisung, Erlangen 1896, S. 41.

[3] B.G.B. §§ 628 Abs. 2, 671 Abs. 2 Satz 2, 723 Abs. 2 Satz 2, 1298, 1299.

Oben wurde erwähnt und als im Gesetze nicht enthalten zurückgewiesen, dass Cosack dem zurücktretenden Gläubiger Ersatz des negativen Interesses zusprechen will.

Ein neuester Versuch baut auf breiterer Grundlage auf. Staub sagt, nicht nur im Rücktrittsfalle sei der Schutz des Gläubigers ungenügend, sondern namentlich auch dann, wenn er sich eines der ädilizischen Rechtsmittel bediene. Nach B. G. B. § 462 hat der Käufer nur die Wahl zwischen Wandelung und Minderung. Von einem akzessorischen Schadenersatz ist nicht die Rede, und nur wenn der Sache zugesicherte Eigenschaften fehlen oder wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat, ist der Käufer berechtigt, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (§ 463). Wie nun, wenn durch mangelhafte Erfüllung dem Käufer ein Schaden entsteht, ohne dass die Anwendbarkeit des § 463 gegeben ist? Folgende Beispiele von Staub mögen zur Erläuterung dienen:[1]

„Der Käufer hat vielleicht infolge der mangelhaften Lieferung seiner eigenen Lieferungsverpflichtung nicht nachkommen können und wird seinen Abnehmern schadenersatzpflichtig, oder die mangelhaft gelieferte Ware verdirbt seine eigene Ware oder beschädigt andere Abnehmer, denen der Verkäufer nun ersatzpflichtig wird oder die Ware ist polizeilich beschlagnahmt, dem Käufer sind Auslagen und Kosten entstanden, oder seine eigene Ware, die mit der mangelhaften vermischt wurde, ist deshalb polizeilich im Verkehr beschränkt."

Es besteht das Bedürfnis, in solchen Fällen neben den verschiedenen Rechten (Wandelung, Preisminderung, Ersatz durch andere Ware) einen Anspruch auf Schadenersatz zu gewähren. Während das S.O.R. diesen wirklich verleiht, schweigt das B.G.B. hierüber. Staub sucht diesen Mangel zu beseitigen, indem er aus dem Zusammenhange des Gesetzbuches den Grundsatz ableitet, dass, wo die Rechtsfolgen der Haftung für

[1] Staub, Exk. zu § 377 Anm. 100 und positive Vertragsverletzungen S. 17.

Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht anders geregelt sind, diese Haftung jedenfalls in der Verpflichtung zum Schadenersatz besteht.[1] Der Schadenersatzanspruch werde durch Geltendmachung der übrigen Rechte nicht ausgeschlossen, vielmehr bestehe er neben Wandelung, Minderung und Rücktritt. Auch von anderer Seite wird die Notwendigkeit und das Dasein einer solchen Schadenersatzforderung anerkannt, nur über deren juristische Begründung gehen die Meinungen auseinander.[2]

[1] positive Vertragsverletzungen S. 6, 15, 34, 39. Kommentar zum H.G.B. § 347 Anm. 11, Exk. zu § 374 Anm. 3, § 377 Anm. 104.

[2] vgl. Crome, System des B.R. 2^{65}, dagegen Staub pos. Vertragsv. S. 8, 31 ff. Ferner Goldmann-Lilienthal B.G.B. 2. Aufl. 1^{333}. R.G. 52^{18}, 53^{202}, 56^{166}, Dernburg in D. J. Z. 1903 8^{1} ff. Ibidem Kipp S. 253 ff. Düringer und Hachenburg 3^{71}.

Nachtrag.

Während des Druckes dieser Arbeit erschien der 2. Entwurf des revidierten S.O.R. vom 1. Juni 1909.[1] In der Rücktrittslehre weicht er nicht unwesentlich vom 1. Entwurfe ab.

Zu meiner Freude kann ich feststellen, dass gerade solche Punkte, welche zu kritischen Bemerkungen Veranlassung gaben, im neuen Entwurfe eine weitgehende Verbesserung erfahren haben. Hoffen wir, dass die neuen Bestimmungen Gesetz werden.

Zwei Veränderungen von Bedeutung hat der Entwurf von 1909 gebracht.

1. Die Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung.

Während der Art. 1134 des 1. Entwurfes diese Klage nur in zwei Fällen gewährte[2], bestimmt der neue Entwurf in Art. 1131:

„Wenn sich jemand bei zweiseitigen Verträgen im Verzuge befindet, so ist der Andere berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen mit der Wirkung, dass er mit deren Ablauf entweder an Stelle

[1] Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechts. Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Revision des Obligationenrechts. (Nachtrag zur Botschaft vom 3. März 1905.) Vom 1. Juni 1909. Im schweizerischen Bundesblatt Nr. 23 des Jahrgangs 1909.

[2] vgl. oben S. 85.

der Erfüllung Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Vertrage zurücktreten kann."

Damit hat sich der Entwurf dem B.G.B. angeschlossen.

Mit dieser Neuerung hängt zusammen, dass der Ablauf der Frist nicht mehr die Auflösung des Vertrages zur Folge hat, sondern nur bewirkt, dass der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen ist. Jetzt hat der Gläubiger wie nach B.G.B. noch die Wahl, zurückzutreten oder Schadenersatz zu verlangen. Natürlich darf er, wenn er sich dieses Wahlrecht sichern will, mit der Fristsetzung nicht gleichzeitig den Rücktritt androhen, wozu er früher verpflichtet war. Die Fristsetzung ist einzige Voraussetzung des Wahlrechts und deshalb die Rücktrittsandrohung im Entwurfe weggefallen. Sie ist auch nicht ersetzt worden durch die Erklärung, dass die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist verweigert werde (vgl. B.G.B. § 326). Es war oft eine schwierig zu entscheidende quaestio facti, ob in der Erklärung des Gläubigers eine Rücktrittsandrohung liege,[1] und dieselben Zweifel wären aufgerucht, wenn statt des Rücktritts der Gläubiger nur die Annahmeablehnung androhen müsste. Der Wegfall dieses Erfordernisses beseitigt einerseits solche Ungewissheit, aber anderseits wird dadurch der Schuldner weniger lebhaft und eindringlich an die Folgen der Nichterfüllung erinnert.

2. Schadenersatz neben dem Rücktritt.

Der Entwurf führt damit nur wieder ein, was wir bereits im geltenden S.O.R. haben und was der 1. Entwurf beseitigen wollte.[2]

Art. 1134. „Wer vom Vertrage zurücktritt, kann die versprochene Gegenleistung verweigern und das Geleistete zurückfordern.

Ueberdies hat er Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, sofern der Schuldner nicht nachweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle."

[1] vgl. oben S. 63.

[2] oben S. 126.

Dem vertragstreuen Teile stehen also drei Möglichkeiten zu Gebote.

1. Klage auf Erfüllung.
2. Klage auf das Erfüllungsinteresse ohne Rücktritt.
3. Rücktritt vom Vertrage nebst Schadenersatz.

Während gemäss Art. 124 S.O.R. der Gläubiger nur dann Schadenersatz verlangen kann, wenn er seinem Gegner ein Verschulden nachweist, weicht der Art. 1134 hinsichtlich der Beweislast nicht von der allgemein Regel des Art. 110 S.O.R. ab (sofern der Schuldner nicht nachweist . . . . .). Unter Ziffer 3 geht der Entwurf weiter als das B.G.B. Wie oben gezeigt, kommt er aber damit einem dringenden Bedürfnis entgegen. Endlich soll im Gegensatz zur neueren Gerichtspraxis dem Zurücktretenden nur der Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, d. h. das negative Vertragsinteresse zugesprochen werden, wogegen der am Vertrag festhaltende Gläubiger das Erfüllungsinteresse beanspruchen kann.[1]

[1] vgl. Botschaft S. 736.